



O Direito Humano à Propriedade  
O caso dos acionistas e do regime de falências  
bancárias europeu em particular

Diogo Guerreiro Duarte

Mestrado Profissional em Direito Internacional e Relações Internacionais

2017

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

O Direito Humano à Propriedade

O caso dos acionistas e do regime de falências bancárias europeu em particular

Diogo Guerreiro Duarte

Dissertação Final de Mestrado  
em Direito Internacional e Relações  
Internacionais sob a Orientação do  
Professor Doutor Eduardo Correia  
Baptista

2017

À MEMÓRIA DO MEU AVÔ

FERNANDO DUARTE VIOLA

Pela amizade e pelo tanto que me ensinou

**ESPECIAIS AGRADECIMENTOS:**

AO PROFESSOR DOUTOR EDUARDO CORREIA BAPTISTA

Pelos conselhos e orientações

AOS SERVIÇOS DE ACÇÃO SOCIAL DE LISBOA

Pelo imprescindível apoio

À PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE LISBOA

NA PESSOA DA SENHORA JUÍZA DESEMBARGADORA AMÉLIA CATARINO

CORREIA DE ALMEIDA

Pelo apoio e permanente disponibilidade

AOS MEMBROS DOS GABINETES DE APOIO DOS ÓRGÃOS DE GESTÃO DO

TRIBUNAL JUDICIAL DA COMARCA DE LISBOA

Por todo o companheirismo demonstrado

A DANIELA ANTÓNIO

Pela dedicação e apoio

AOS MEUS FAMILIARES E AMIGOS

Pela constante presença

## RESUMO

O presente estudo incide sobre a análise das restrições ao direito humano à propriedade, face à aplicação dos instrumentos de resolução das instituições bancárias em situação ou risco de insolvência, prevista na Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução das instituições de crédito e de empresas de investimento.

Através deste estudo, pretendemos dar resposta à seguinte questão: são os instrumentos e as medidas de resolução previstas no quadro normativo europeu conformes com o sistema de proteção dos direitos e liberdades fundamentais instituídos no contexto europeu, em particular, com os requisitos de proteção do direito de propriedade?

Tendo presente este objetivo, o nosso estudo apresenta-se numa estrutura tripartida. A primeira parte contém um exame alargado do direito de propriedade à luz dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. A segunda refere-se à análise detalhada da estrutura da União Bancária Europeia, assente sobre o Mecanismo Único de Supervisão, o Mecanismo Único de Resolução, e o Sistema Único de Garantia de Depósitos. A terceira e última parte da nossa investigação encerra uma confrontação entre os requisitos de proteção do direito de propriedade previstos no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a posição dos accionistas resultante da aplicação dos instrumentos de resolução previstos na Diretiva. No âmbito desta última parte, seguimos o método de análise das restrições vigente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, consubstanciado na verificação sequencial do cumprimento dos requisitos da legalidade, da utilidade pública, da proporcionalidade, e da compensação.

No cômputo geral da nossa investigação, observámos que os instrumentos e as medidas de resolução englobadas no Mecanismo Único de Resolução são, por princípio, conformes aos requisitos de proteção do direito de propriedade dos acionistas estabelecidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A importância da realização do nosso estudo reside na minuciosa análise efetuada ao regime do direito de propriedade e ao recente regime adotado no

quadro de uma União Bancária Europeia. Através destas análises o nosso estudo procura, num exercício prospetivo, antecipar aquela que será, potencialmente, a orientação jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos de Homem, nos casos relativos às restrições ao direito de propriedade e à aplicação instrumentos de resolução.

**Palavras-Chave:** Direito de Propriedade; Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; União Europeia; Mecanismo Único de Resolução; Instrumentos de Resolução

## **ABSTRACT**

The present study focuses an analysis about the restrictions on the human right to property, in relation to the application of resolution instruments for bank institutions in a situation or at risk of insolvency, in accordance with the Directive 2014/59 / EU of the European Parliament and Council of May 15th of 2014, which establishes a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms.

Through this study, we intend to answer the question of whether the instruments and resolution measures designed in the European regulatory framework are in line with the system of protection of fundamental rights and freedoms established in the European context, with emphasis on the requirements for the protection of the property right.

To fulfill this goal, we present our study in a tripartite structure. The first part focuses on a broad study of property rights in light of the universal and regional systems for the protection of human rights. The second part concerns a detailed analysis of the structure of the European Banking Union, based on the Single Supervisory Mechanism, the Single Resolution Mechanism and the Single Deposit Guarantee Scheme. The third and final part of our investigation compares the requirements for the protection of the right to property, provided for in Article 1 of Protocol 1 of the European Convention on Human Rights and the position of shareholders after the implementation of the instruments of resolution enshrined in the Directive. For this analysis, we follow the method of analyzing restrictions contained in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, based on a sequential verification of compliance with the requirements of legality, public utility, proportionality, and compensation.

In the overall context of our investigation, we note that the instruments and the resolution measures contained in the Single Resolution Mechanism are, by default, in line with the requirements for the protection of shareholders' property rights set out in the European Convention on Human Rights.

The importance of conducting our study lies in the thorough analysis of the property rights regime and the recent regime adopted in the framework of a European Banking Union. Through these analyzes our study seeks, in a prospective

exercise, to anticipate what will potentially be the jurisprudential guidance of the European Court of Human Rights in cases concerning restrictions on the right to property and the application of resolution instruments.

**Key Words:** Right to Property; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; European Union; Single Resolution Mechanism; Resolution Tools

## **Índice**

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>6</b>
<b>1. O DIREITO DE PROPRIEDADE .....</b>	<b>6</b>
<b>2. O DIREITO DE PROPRIEDADE NO SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>9</b>
<b>2.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE À LUZ DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS PACTOS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>9</b>
<b>2.2. O DIREITO DE PROPRIEDADE À LUZ DOS DEMAIS INSTRUMENTOS DO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL .....</b>	<b>14</b>
<b>2.3. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A SOFT LAW .....</b>	<b>16</b>
<b>2.4. BREVES CONSIDERAÇÕES .....</b>	<b>17</b>
<b>3. O DIREITO DE PROPRIEDADE NOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>18</b>
<b>3.1. O SISTEMA AFRICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>18</b>
3.1.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CARTA AFRICANA.....	20
3.1.1.1. O Direito de Propriedade enquanto direito individual – artigo 14.º da Carta Africana	20
3.1.1.1.1. O Escopo do Direito de Propriedade na Carta Africana.....	21
3.1.1.1.2. Restrições ao Direito de Propriedade na Carta Africana.....	25
3.1.2. O DIREITO DE PROPRIEDADE ENQUANTO DIREITO COLETIVO – ARTIGO 21.º DA CARTA AFRICANA.....	28
3.1.3. BREVES CONSIDERAÇÕES .....	30
<b>3.2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>31</b>
3.2.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS .....	32
3.2.1.1. O Escopo do Direito de Propriedade – artigo 21.º da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem.....	34
3.2.1.1.1. Escopo Temporal do Direito de Propriedade .....	34



3.2.1.1.2. Escopo Pessoal do Direito de Propriedade .....	35
3.2.1.1.3. Escopo Territorial do Direito de Propriedade.....	37
3.2.1.1.4. Escopo Substantivo do Direito de Propriedade .....	39
3.2.1.2. Restrições ao Direito de Propriedade na Convenção Interamericana .....	41
3.2.2. BREVES CONSIDERAÇÕES .....	45
<b>4. O SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>47</b>
<b>4.1. O CONSELHO DA EUROPA.....</b>	<b>48</b>
4.1.1. A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM .....	52
4.1.1.1. O Direito de Propriedade – Artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH .....	57
4.1.1.1.1. Escopo do direito de Propriedade .....	59
4.1.1.1.1.1. O Escopo Temporal .....	61
4.1.1.1.1.2. O Escopo Pessoal.....	68
4.1.1.1.1.3. O Escopo Territorial.....	69
4.1.1.1.1.4. O Escopo Substantivo .....	70
4.1.1.1.2. Interferências no Direito de Propriedade: As Três Regras da Propriedade.....	89
4.1.1.1.2.1. Segunda regra – A privação da propriedade .....	90
4.1.1.1.2.2. Terceira regra – Regulamentação e controlo do uso da propriedade.....	96
4.1.1.1.2.3. Primeira regra – direito ao usufruto pacífico dos bens.....	100
4.1.1.1.2.4. Breves considerações sobre a aplicação das três regras da propriedade .....	108
4.1.1.1.1. Requisitos para a admissibilidade das restrições ao direito de propriedade .	111
4.1.1.1.1.1. Princípio da Legalidade .....	112
4.1.1.1.1.2. Princípio da Proporcionalidade .....	117
4.1.1.1.1.3. Compensação .....	129
4.1.1.1.1.4. Interesse Público ou Geral.....	141
<b>4.2. A UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>151</b>
4.2.1. A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA .....	154
4.2.1.1. O Direito de Propriedade na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigo 17.º .....	157
4.2.2. A ADESÃO DA UNIÃO EUROPEIA À CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS (CEDH) .....	163
4.2.2.1. O plano da adesão da União Europeia à CEDH.....	165
4.2.2.2. Plano institucional da adesão da União Europeia à CEDH .....	166
4.2.2.2.1. Autonomia da União Europeia – relações entre o TJUE e o TEDH .....	166
4.2.2.2.2. Intercomunicação jurisdicional .....	169

4.2.2.3.	Plano substantivo da adesão da União Europeia à CEDH.....	171
4.2.2.3.1.	A articulação entre os catálogos de direitos.....	171
4.2.2.3.2.	A adesão aos Protocolos Adicionais da CEDH.....	173
4.2.2.3.3.	O TEDH e a Política Externa e Segurança Comum da União Europeia .....	174
4.2.2.4.	Plano processual da adesão da União Europeia à CEDH.....	177
4.2.2.4.1.	A Presunção Bosphorus .....	177
4.2.2.4.2.	O mecanismo da co-demanda.....	180
4.2.2.5.	Breves consideradores sobre a adesão da União Europeia à CEDH.....	184

## **CAPÍTULO II.....187**

### **5. O REGIME EUROPEU DE FALÊNCIAS BANCÁRIAS ..... 187**

<b>5.1.</b>	<b>A UNIÃO BANCÁRIA EUROPEIA .....</b>	<b>190</b>
5.1.1.	MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO (MUS).....	196
5.1.2.	MECANISMO ÚNICO DE RESOLUÇÃO (MUR).....	202
5.1.2.1.	1. <sup>a</sup> Fase – Preparação e Prevenção .....	206
5.1.2.2.	2. <sup>a</sup> Fase – Intervenção Precoce .....	209
5.1.2.3.	3. <sup>a</sup> Fase - Resolução.....	211
5.1.2.4.	Mecanismos de Financiamento .....	220
5.1.2.5.	Fundo Único de Resolução .....	223
5.1.3.	SISTEMA COMUM DE GARANTIA DE DEPÓSITOS – MECANISMO ÚNICO DE GARANTIA DE DEPÓSITOS.....	227
<b>5.2.</b>	<b>A POSIÇÃO DOS ACIONISTAS PERANTE O REGIME EUROPEU DE FALÊNCIAS BANCÁRIAS .....</b>	<b>234</b>
5.2.1.	A POSIÇÃO DOS ACIONISTAS RESULTANTE DO EXERCÍCIO DOS PODERES DE RESOLUÇÃO DAS AUTORIDADES DE RESOLUÇÃO.....	235
5.2.2.	A POSIÇÃO DOS ACIONISTAS RESULTANTE DA APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE ALIENAÇÃO DA ATIVIDADE.....	238
5.2.3.	A POSIÇÃO DOS ACIONISTAS RESULTANTE DA APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE CRIAÇÃO DE UMA INSTITUIÇÃO DE TRANSIÇÃO .....	242
5.2.4.	A POSIÇÃO DOS ACIONISTAS RESULTANTE DA APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE SEGREGAÇÃO DE ATIVOS .....	248
5.2.5.	A POSIÇÃO DOS ACIONISTAS RESULTANTE DA APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE RECAPITALIZAÇÃO INTERNA .....	255

## **CAPÍTULO III.....268**

<b>6. CONFORMIDADE DOS INSTRUMENTOS DE RESOLUÇÃO EM RELAÇÃO AOS REQUISITOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE DOS ACIONISTAS .....</b>	<b>268</b>
<b>6.1. QUADRO COMUM DOS DIREITOS DOS ACIONISTAS NO PLANO EUROPEU .....</b>	<b>269</b>
<b>6.2. REQUISITOS DE PROTEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE RESOLUÇÃO .....</b>	<b>274</b>
6.2.1. REQUISITOS DO ARTIGO 1.º DO PROTOCOLO 1 DA CEDH .....	282
6.2.1.1. Existência de um “bem” incorporado no direito de propriedade .....	282
6.2.1.2. As Três Regras da Propriedade relativas às restrições .....	285
6.2.1.2.1. Requisito da Legalidade .....	288
6.2.1.2.2. Requisito da Utilidade Pública .....	290
6.2.1.2.3. Requisito da Proporcionalidade .....	293
6.2.1.2.4. Requisito da Compensação .....	297
6.2.1.2.5. Considerações acerca da conformidade entre os instrumentos de resolução e os requisitos de proteção do direito de propriedade .....	304
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>308</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>316</b>

*Property is surely a right of mankind as real as liberty*

John Adams

## **ABREVIATURAS OU SIGLAS**

**BCE** – Banco Central Europeu

**CADHP** – Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

**CDFUE** – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

**CEDH** – Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

**CIDH** – Comissão Interamericano de Direitos Humanos

**MGUD** – Mecanismo Único de Garantia de Depósitos

**MUR** – Mecanismo Único de Resolução

**MUS** – Mecanismo Único de Supervisão

**NCA** – Autoridades Nacionais Competentes

**ONU** – Organização das Nações Unidas

**PESC** – Política Externa e Segurança Comum

**PIDCP** – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

**PIDESC** – Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

**SESF** – Sistema Europeu de Supervisão Financeira

**SGDs** – Sistemas de Garantia de Depósitos

**TADHP** – Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos

**TEDH** – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

**TFUE** – Tratado de Funcionamento da União Europeia

**TUE** – Tratado da União Europeia

## **Introdução**

A instituição de uma União Económica e Monetária impulsionou a atividade económica e financeira dos Estados-membros da União Europeia, fomentando relações de interdependência entre os vários setores de atividade dos Estados-membros. A integração das economias da União Europeia permitiu alcançar uma maior proximidade entre as políticas económicas e orçamentais, e em determinados casos, conduziu à adoção de uma política monetária comum e de uma moeda única. E se por um lado a União Económica e Monetária estreitou e veio a fortalecer a integração europeia, por outro lado, os efeitos da interdependência de determinados setores económicos e financeiros, como é o caso do setor bancário, relevaram as suscetibilidades e as fragilidades de que as instituições bancárias e de crédito quando afetados por crises e recessões económicas.

Com efeito, a crise económica e financeira do setor imobiliário norte-americano, desencadeada com a concessão de empréstimos hipotecários de alto risco, e com a consequente criação de crédito malparado – comumente denominada “Crise do Subprime” – foi diretamente responsável pela situação de insolvência de várias instituições bancárias norte-americanas. O primeiro impacto da “Crise do Subprime”, fez-se sentir a 24 de março de 2007, com a queda abrupta do índice norte-americano Dow Jones Industrial Average, e repercutiu-se, cerca de um ano mais tarde, com a insolvência de uma das maiores instituições bancárias norte-americana, a Lehman Brothers Holdings Inc. – declarada insolvente a 15 de setembro de 2008.

A crise norte-americana do subprime contagiou o setor bancário internacional, levando à quebra da confiança dos agentes económicos em relação à solidez financeira e à solvabilidade das instituições bancárias. A insolvência de várias instituições bancárias europeias e asiáticas, reforçou a necessidade de atuação e de intervenção dos governos, em consideração do potencial impacto negativo para as económicas nacionais. A visão macroeconómica da insustentabilidade das falências bancárias, explícita nas políticas “too big to fail”, e

a consequente inviabilidade da teoria económico-política “*swim or sink*”, ditaram o recurso à intervenção estatal, através de um programa de nacionalizações, de novas injeções de capital público, ou de controlo público das instituições bancárias, enquanto meios aptos à recuperação da confiança e da solidez financeira.

O endividamento excessivo e a impossibilidade de obterem financiamento através de capitais ou de fundos próprios, colocou em evidência as dificuldades de algumas instituições bancárias em atingir índices seguros de solvibilidade e de solidez. Por seu turno, tais fatores contribuíram para o avolumar da crise da dívida soberana, que mais tarde originou a grande recessão económica de 2012. A afetação de todo o mercado europeu e a insuficiência da resposta providenciada pelos governos nacionais, levaram à adoção pela União Europeia de uma solução centrada, primeiramente, na implementação do Fundo Europeu de Estabilização Financeira e do Mecanismo Europeu de Estabilidade, e mais tarde, na criação de uma União Bancária.

Transitando de uma política bancária desnivelada e assente num reduzido conjunto de regras comuns, para uma política bancária altamente disciplinada e harmoniosa ao nível dos Estados-membros, a União Bancária veio a alterar o paradigma da resposta estatal dada às instituições bancárias insolventes. Com um desfasamento com o princípio político-económico “*too big to fail*”, e ciente da necessidade de proteger os contribuintes europeus e de reforçar a unidade e a estabilidade financeira europeia, a União veio a instituir uma União Bancária, estruturada sobre três pilares: o Mecanismo Único de Supervisão, o Mecanismo Único de Resolução, e o Sistema de Garantia de Depósitos.

Uma das grandes inovações introduzidas com a criação da União Bancária, encontra-se no Mecanismo Único de Resolução, corporizado pela Diretiva 2014/59/UE, que contempla o princípio segundo o qual, os acionistas e os credores deverão, em primeira linha, suportar as perdas resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução às instituições bancárias em risco ou situação de insolvência. Esta nova dinâmica, que em parte substitui o “*bail-out*” pelo “*bail-in*”, exige dos acionistas e credores um importante contributo. Todavia, porque tal contributo assenta, quanto ao acionista, na extinção, redução, diluição ou na

transferência das suas ações, importa examinar as restrições que operaram ao nível do seu direito de propriedade.

Esta é também a nossa proposta de estudo, a qual parte da questão de saber se a aplicação das medidas e dos instrumentos de resolução previstos no Mecanismo Único de Resolução, são conformes aos requisitos de proteção do direito de propriedade dos acionistas. Nesse sentido, analisaremos em pormenor o regime do direito de propriedade, à luz dos vários sistemas de proteção dos direitos humanos, e o recente sistema de supervisão e resolução que dá corpo à União Bancária. Encerrada a nossa análise quanto ambas as matérias, procuraremos num terceiro momento, confrontar as restrições provocadas pela aplicação dos instrumentos de resolução com os requisitos de proteção do direito de propriedade.

Quanto à sua estrutura, o nosso estudo compõe-se em três partes principais. Na primeira parte, após uma breve consideração acerca do direito de propriedade, procede-se ao exame do seu regime, tendo por base os sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. Neste quadro, a nossa incursão principia pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pelos demais tratados multilaterais de carácter universalista. De seguida, procuraremos estudar o regime do direito de propriedade no contexto regional americano, africano e europeu, onde concentramos grande parte da nossa atenção. No final da primeira parte, e atendendo às particularidades do sistema europeu de direitos humanos, abrimos espaço à discussão em torno da futura configuração das competências jurisdicionais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, em respeito à futura adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Na segunda parte, incidiremos sobre o sistema instituído pela União Bancária, com particular destaque para os Mecanismos de Supervisão e Resolução e para o Sistema de Garantia de Depósitos. Neste âmbito será analisada a estrutura e composição da União Bancária, com particular enfoco no Mecanismo Único de Resolução. Ao longo da nossa exposição, procuraremos ilustrar com exemplos concretos a aplicação dos instrumentos de resolução previstos na Diretiva



2014/59/UE, e daí retirar uma componente prática que permita completar a nossa análise teórica.

Na terceira parte, e após identificar as consequências que se repercurtem na esfera jurídica dos acionistas aquando da aplicação dos instrumentos de resolução, realizaremos uma confrontação entre estes instrumentos e os requisitos de proteção do direito de propriedade, tal como este se encontra configurado nos termos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Através desta confrontação pretendemos apurar a conformidade entre as retrições resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução e os requisitos de proteção dos acionistas. Em *ultima ratio*, o nosso estudo visa compreender de que forma o novo regime europeu relativo às insolvências das instituições bancárias se compatibiliza com o direito de propriedade.

Para a elaboração do nosso estudo, procuramos recorrer ao maior número de decisões judiciais possível, por forma a acompanhar o entendimento dos órgãos judiciais das organizações internacionais que compõem os diversos sistemas de proteção dos direitos humanos, com especial destaque para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Igualmente procuraremos adotar uma diversidade de opiniões e contributos da doutrina nacional e internacional que permitam, em determinados momentos, reforçar os sentidos convergentes das matérias sobre as quais incide o nosso trabalho, ou esclarecer as questões sobre as quais não haja sido possível alcançar um entendimento comum. Os atos jurídicos da União Europeia, enquanto elementos de direito derivado, serão devidamente tomados em conta, tendo por finalidade, a realização de um exame aprofundado acerca das disposições normativas que influem para as considerações a realizar no âmbito do direito de propriedade.

Além de pretendermos apurar a existência ou inexistência da conformidade entre os instrumentos de resolução presentes na Diretiva 2014/59/UE e os requisitos de proteção do direito de propriedade, objetivamos, com a elaboração da nossa tese, compreender o sentido tendencial da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, caso uma questão do mesmo tipo, se venha a suscitar perante si. Dessa forma, pretendemos em última análise, realizar um

exame prospetivo e antecipatório, das questões que, com um alto grau de probabilidade, se venham a colocar perante o Tribunal de Estrasburgo.

# **CAPÍTULO I**

## **1. O Direito de Propriedade**

Os direitos humanos são resultado de um longo processo de construção filosófica, religiosa, política, social, económica, cultural, e sobretudo, jurídica e jurisprudencial. Fruto desta constante evolução, o direito de propriedade assumiu um carácter particularmente distinto dos demais, porquanto nele confluem várias teorias jurídico-humanistas, políticas, filosóficas e económicas.

O direito de propriedade ocupou desde cedo um lugar cimeiro nas políticas e concepções sociais e filosóficas. Na sua obra *“Two Treatises on Government”*, John Locke preconizava o direito de propriedade como um direito com origem e justificação no trabalho individual. Neste sentido, o autor afirmava: *“Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. **The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his**”* [destacado nosso]<sup>1</sup>. Para John Locke, o direito de propriedade é equiparável ao direito à vida, sendo estes direitos inalienáveis. No seguimento desta ideia, o autor defende a seguinte premissa: *“So that God, by commanding to subdue, gave authority so far to appropriate: and **the condition of human life, which requires labour and materials to work on, necessarily introduces private possessions**”* [destacado nosso]<sup>2</sup>. Na senda de Locke, muitos outros autores, entre os mais conhecidos, Samuel Pufendorf, Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, e John Stuart Mill, debruçaram-se acerca da existência e conteúdo do direito de propriedade.

A importância do debate filosófico teve igualmente reflexo no plano do Direito. Não descorando as influências de Montesquieu, Rousseau, Voltaire, e Condorcet, as teses de John Locke influenciaram largamente o plano conceptual da Revolução Francesa de 1789, de onde emergiu *“La Déclaration des droits de*

---

<sup>1</sup> Cf. John Locke, (1821), *Two Treatises on Government*, R. Butler, London, Chapter V. Of Property, p.1, §25.

<sup>2</sup> Cf. John Locke, (1821), *Two Treatises on Government*, R. Butler, London, Chapter V. Of Property, p.1, §35.

*l'homme et du citoyen*”<sup>3</sup>. Ao abrigo do seu artigo XVII, esta Declaração dispõe que “*La propriété étant un **droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité***” [destacado nosso]. Tecnicamente evoluída, a redação jurídica do artigo XVII da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789, veio a inspirar as atuais redações contidas nas historicamente próximas, Declaração Universal dos Direitos do Homem e Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O direito de propriedade revela ser um direito juridicamente complexo, quer pela sua historicidade, quer pela sua estrutura<sup>4</sup>. Parte da sua complexidade resulta do antagonismo conceptual que ainda hoje lhe assiste, refletindo aquelas que foram as divergências ideológicas dos Estados pertencentes aos blocos que durante o período da Guerra Fria se opuseram<sup>5</sup>. O facto de o direito de propriedade ser simultaneamente um direito que encerra uma visão jurídica e uma visão economia, contribuiu igualmente para uma maior divergência acerca da sua inclusão nos catálogos de direitos humanos juridicamente vinculativos, como sucede em relação aos Pactos Internacionais. O carácter híbrido do direito de propriedade, decorrente da sua ligação ao Direito e à Economia, suscita relativa incerteza quanto à sua classificação, em consideração das tradicionais categorias de direitos humanos. Por um lado, o direito de propriedade é geralmente considerado um direito cívico e político, por outro, o mesmo possui características que o assemelham aos direitos sociais, económicos e culturais<sup>6</sup>. Neste âmbito, o direito de propriedade é particularmente relevante para determinados direitos sociais, económicos e culturais, tais como o direito de trabalhar, o direito à habitação e o direito a um nível de vida condigno<sup>7</sup>. Não obstante, considerando que a propriedade pode ser incluída no domínio público e coletivo, isto é, respeitando a

---

<sup>3</sup> Micheline R. Ishay, (2008), *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, University of California Press, London, p.91.

<sup>4</sup> Cf. Iceland human Rights Centre, (2016), *The Right to Property*. Disponível para consulta em: <http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora/substantive-human-rights/the-right-to-property>

<sup>5</sup> Neste sentido, vide Jacob Mchangama, (2011), *The Right to Property in Global Human Rights Law*, Cato Policy Report, New York, Vol. XXXIII No.3, p.1.

<sup>6</sup> Em igual sentido, cf. Iceland human Rights Centre, (2016), *The Right to Property*.

<sup>7</sup> Idem.

uma determinada comunidade, o direito de propriedade pode igualmente englobar-se nos direitos coletivos, ou de terceira geração<sup>8</sup>.

Se hodiernamente o direito de propriedade se pode firmar enquanto direito pertencente ao catálogo de direitos humanos, tal asserção envolve a prévia consideração de que este direito se inscreve no conjunto de “*garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissos dos governos que atentem contra a dignidade humana*”<sup>9</sup>. Partindo desta premissa o direito de propriedade compõe-se de direitos negativos, isto é, de direitos relativos à não intervenção dos entes públicos em situações jurídico-subjetivas e à não eliminação de posições jurídicas; e de direitos positivos, que obrigam os entes públicos a assegurar uma proteção mínima quanto ao direito de propriedade<sup>10</sup>.

Assumindo-se como uma das garantias universais que tutelam a dignidade humana, o direito de propriedade e os seus corolários inscreve-se no direito internacional público, sobretudo no plano convencional<sup>11</sup>. Contudo, e como veremos adiante, a sua consagração à luz dos vários instrumentos de proteção dos direitos humanos, não se revela inteiramente pacífica, uma vez que este direito, não obstante de se encontrar previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, não figura no elenco inserto nos Pactos Internacionais. No entanto, a ausência dessa consagração não minora a importância da realização de um exame que abranja os instrumentos jurídicos consagrados no plano internacional. Como é consabido, estes instrumentos conformam-se aos sistemas multinível de proteção dos direitos humanos. É por isso conveniente, que uma exacta análise ao direito de propriedade tenha devidamente em atenção, todas as formas de relevação deste direito. Assim, e tendo em vista a melhor compreensão do regime do direito de

---

<sup>8</sup> Neste sentido, *vide* com maior desenvolvimento, Radha Ivory, (2014), Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 46.

<sup>9</sup> Esta é uma possível definição de direitos humanos que igualmente procuramos adoptar. *Apud* Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Direitos Humanos e Aplicação da Lei – Guia do Formador, Série de Formação Profissional n.º 5 Add.2, ed. Portuguesa, GDDC, 2008, p.16. Cf. Raquel Tavares, (2013), *Direitos humanos: de onde vêm, o que são e para que servem?*, 2.ª edição, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, p.22

<sup>10</sup> Cf. Radha Ivory, (2014), Corruption, Asset Recovery... , Cambridge University Press, United Kingdom, p. 46.

<sup>11</sup> Sobre a previsão do direito de propriedade no direito internacional costumário, *vide* Radha Ivory, (2014), Corruption, Asset Recovery... , Cambridge University Press, United Kingdom, pp. 49 – 53.

propriedade, analisaremos os instrumentos universais, os instrumentos regionais e os instrumentos comunitários de proteção dos direitos humanos. Esta ordem respeita também à maior e progressiva especificação quanto ao regime deste direito. Considerando o objeto da nossa tese, dedicaremos, em especial, maior atenção ao regime do direito de propriedade consagrado no artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH.

## **2. O Direito de Propriedade no Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos**

Principiado por uma análise de âmbito universal, pretendemos sobre o presente ponto examinar a consagração do direito de propriedade à luz dos principais instrumentos internacionais. Além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, concentramos igualmente a nossa atenção nos Pactos Internacionais e nos demais tratados e convenções internacionais, por forma a compreender o alcance do direito de propriedade no plano geral para depois, de forma sucessivamente, examinarmos detalhadamente o seu regime no plano dos sistemas regionais.

### **2.1. O Direito de Propriedade à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos Pactos Internacionais**

Previsto na generalidade dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, o direito de propriedade é, como afirmamos anteriormente, um direito controverso e complexo<sup>12</sup>.

No âmbito dos sistemas universais de proteção dos direitos humanos, o direito de propriedade encontra-se presente no artigo 17.º da Declaração

---

<sup>12</sup> Também neste sentido, vide MCHANGAMA, J., (2011), *The Right to Property in Global Human Rights Law*, Cato Policy Report, New York, Vol. XXXIII No.3, p. 1.

Universal dos Direitos do Homem – doravante DUDH<sup>13</sup> –, o qual refere que *“Toda a pessoa, individual ou colectivamente, tem direito à propriedade. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade.”*

A consagração e inclusão do direito de propriedade num documento tão histórico e simbólico como o é a DUDH, não estiveram isentas de um intenso debate político e filosófico opôs a filosofia política das democracias ocidentais às visões da URSS e da América Latina<sup>14</sup>. Fruto deste embate ideológico, e de acordo com o primeiro anteprojeto, apresentado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, o direito de propriedade deveria, então, ser ajustado a nível nacional, competindo a cada Estado regular a forma de expressão deste direito. Neste sentido, e com base no anteprojeto, *“o direito de propriedade sobre a indústria, o comércio e sobre sociedades com fins lucrativos, seria regulado pela lei dos Estados onde estão situadas”*<sup>15</sup>.

O embate político fez-se sentir, e ainda que a versão final acomodasse a visão ocidental sobre o direito de propriedade, verifica-se que os Pactos Internacionais que sucederam à DUDH mantiveram-se em silêncio quanto à sua consagração<sup>16</sup>. Efetivamente, o direito de propriedade não se encontra diretamente consagrado no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais – doravante PIDESC<sup>17</sup> – ou no Pacto Internacional sobre os

---

<sup>13</sup> A Declaração dos Direitos do Homem foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 217<sup>a</sup> (III) de 10 de dezembro de 1948.

<sup>14</sup> Assim, vide MCHANGAMA, J., (2011), *The Right to Property in Global Human Rights Law*, Cato Policy Report, New York, Vol. XXXIII No.3, pág. 1; e GOLAY, Christophe and CISMAS, Ioana (2010), *Legal Opinion: The Right to Property from a Human Rights Perspective*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Geneva, pp. 3-5.

<sup>15</sup> A redação relativa ao direito de propriedade surge pela iniciativa do membro da Comissão de Redação, John Humphrey, o qual fixou no artigo 22º do anteprojeto, apresentado a 25 de junho de 1947, na primeira sessão da Comissão de Redação para uma Carta Internacional de direitos humanos, o seguinte disposto: *“Everyone has a right to personal property. His right to share in the ownership of industrial, commercial and other profit-making enterprises is governed by the law of the state within which such enterprises are situated. The state may regulate the acquisition and use of private property and determine those things that are susceptible of private appropriation. No one shall be deprived of his property without just compensation”*. Sobre o anteprojeto, consulte o documento E/CN.4/AC.1/3 da ONU.

<sup>16</sup> Apreciação igualmente feita por MCHANGAMA, Jacob (2011), *The Right to Property in Global Human Rights Law*, (...), pp. 2 e 3.

<sup>17</sup> O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais foi adotado e abeto à assinatura, ratificação, e adesão pela resolução 200<sup>a</sup> (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor na ordem jurídica internacional a 3 de janeiro de 1976, em conformidade com o seu artigo 27.º.

Direitos Civis e Políticos – doravante PIDCP<sup>18</sup>. A referência à propriedade apenas surge no âmbito da cláusula de não discriminação, presente em ambos os Pactos<sup>19</sup>.

Assim, e considerando que o direito de propriedade apenas se encontra consagrado na DUDH, que, pela sua essência, não é juridicamente vinculativa para os Estados<sup>20</sup>, existem vozes na doutrina internacionalista<sup>21</sup> que se referem a uma falha, por parte dos Estados ocidentais, em garantir a consagração do direito de propriedade em instrumentos internacionalmente vinculativos para os Estados, tal como o sejam os Pactos<sup>22</sup>.

Não obstante, o direito de propriedade encontra-se, de certa forma, espelhado nos instrumentos internacionais contemporâneos à própria DUDH. São disso exemplo a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados<sup>23</sup>, que embora não disponha diretamente sobre o direito de propriedade, contém provisões normativas relativas à propriedade móvel e imóvel dos refugiados<sup>24</sup>; a Convenção

---

<sup>18</sup> O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos foi adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 200ª (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor na ordem jurídica internacional a 23 de março de 1976, em conformidade com o seu artigo 46.º.

<sup>19</sup> No PIDESC, o artigo 2.º, n.º 2, dispõe que “Os Estados Partes no presente Pacto se comprometem a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, **fortuna**, nascimento ou qualquer outra situação” [destacado nosso]. Por sua vez, dispõe o PIDCP, no seu artigo 2.º, n.º 1, que: “Os Estados Partes no presente Pacto se comprometem a respeitar e a garantir que a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem qualquer distinção, derivada, nomeadamente, de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, **de propriedade**, ou de nascimento, ou de outra situação” [destacado nosso].

<sup>20</sup> Não obstante de incorporar normas costumárias e de *ius cogens*, a DUDH, enquanto resolução declarativa não é fonte de obrigações para os Estados. Neste sentido, *DIHN, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain (2003), Direito Internacional Público, tradução de Vítor Marques Coelho, 2.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa*, pp. 298 e 299.

<sup>21</sup> Neste sentido vide MCHANGAMA, Jacob (2011), *The Right to Property in Global Human Rights Law*, (...), pp. 2 e 3.

<sup>22</sup> Os Pactos Internacionais – PIDESC e PIDCP – têm uma força jurídica diferente da DUDH na medida em que estabelecem um acordo de vontades entre os Estados Partes dos pactos, constituindo assim direitos e deveres que estes devem observar. São, por outras palavras, juridicamente vinculativos. Assim, MIRANDA, Jorge (2009), *Curso de Direito Internacional*, 4.ª edição, Principia, Cascais. p. 57.

<sup>23</sup> Adotada a 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n. 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950. Entrou em vigor a 22 de abril de 1954, de acordo com o artigo 43. Série Tratados da ONU, Nº 2545, Vol. 189, p. 137.

<sup>24</sup> Quanto à propriedade e bens dos refugiados são particularmente elucidativos os artigos 13.º, 18.º, 19.º, 29.º, e 30.º da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados.



sobre o Estatuto dos Apátridas<sup>25</sup>, que contém igualmente algumas normas referentes à propriedade e aos bens dos apátridas<sup>26</sup>; e ainda a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>27</sup>, a qual dispõe no seu artigo 5.º, alínea d), subalínea v), que os Estados, Partes da Convenção, obrigam-se a garantir a cada um o gozo de determinados direitos, entre os quais, *“o Direito de qualquer pessoa, por si só ou em associação, à propriedade”*.

Ainda que a consagração do direito de propriedade não se verifique nos Pactos Internacionais *supramencionados*, tal facto não significa que se negue a sua existência. A ausência da sua consagração no texto daqueles Pactos deveu-se à impossibilidade de se alcançar um acordo entre as partes que compunham a Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, e que, em grande medida, refletiam os antagonismos políticos e ideológicos, vivenciados à época. Os trabalhos preparatórios daquela Comissão, aquando da sua 10.ª sessão, demonstram que o direito de propriedade não era objeto de rejeição, sendo que as principais objeções recaíram na sua concreta formulação, e em particular, no domínio das suas restrições, com especial destaque para o plano das expropriações<sup>28</sup>.

No que respeita às restrições, embora se reconhecesse que o direito à propriedade não é um direito absoluto, não foi possível alcançar um consenso quanto à consagração concreta do seu conteúdo, e em particular quanto ao regime das restrições<sup>29</sup>. Dos vários critérios apresentados, nenhum acolheu o voto unanime da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Se por um lado existia acordo quanto ao balizamento das restrições que se aplicam ao direito de propriedade, tendo como base a lei, o interesse público, e o progresso social do país, por outro lado, a adição de um critério de razoabilidade, foi objeto de larga

---

<sup>25</sup> A Convenção foi aprovada em Nova Iorque, a 28 de setembro de 1954, entrando em vigor a 6 de junho de 1960, em conformidade com o artigo 39.º.

<sup>26</sup> Nomeadamente nos seus artigos 13.º, 18.º, 19.º, 29.º, e 30.º.

<sup>27</sup> Adotada e aberta à assinatura e ratificação pela resolução 2106 (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965. Entrou em vigor na ordem jurídica internacional a 4 de janeiro de 1969, em conformidade com o seu artigo 19.º.

<sup>28</sup> Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, 1<sup>st</sup> of July of 1995, UN. Doc. A/2929, paragraph 196, p. 65.

<sup>29</sup> Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, 1<sup>st</sup> of July of 1995, UN. Doc. A/2929, paragraph 202, p. 66.

discordância. Outras vozes pronunciaram-se no sentido de salvaguardar as leis nacionais relativas à propriedade, entregando assim aos Estados, a incumbência de disciplinar o conteúdo e regime do direito de propriedade.

Em todo o caso, as restrições aplicáveis ao direito de propriedade deveriam ter como pressupostos critérios de razoabilidade e de justiça, aos quais a legislação nacional se deveria conformar, pois, doutra forma, a consagração internacional do direito de propriedade nestes pactos esvaziar-se-ia de sentido, e potenciaria a criação de graves assimetrias entre os Estados, algo que é dificilmente aceite no plano dos direitos humanos<sup>30</sup>.

Naquilo que se refere às restrições, a possibilidade de o Estado exercer algum controlo sobre o direito de propriedade mostrou-se consensual durante a 10.<sup>a</sup> sessão da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Dificuldades houve no entanto, quanto à criação de mecanismos de salvaguarda, isto é, mecanismos que evitassem abusos por parte dos Estados<sup>31</sup>. Num primeiro plano, foi sugerido que o preceito do n.º 2 do artigo 17.º da DUDH fosse integrado, permitindo que o direito de propriedade se exercesse livremente, restringindo-se somente quando houvesse fundamento legal suficiente e uma justa compensação. Todavia salientaram-se alguns obstáculos à consagração desta norma, desde logo porque o termo “*arbitrariamente*” adquire um sentido diverso na jurisprudência europeia e anglo-saxónica, relativamente à jurisprudência doutros países, e não apresenta uma conexão sustentada com o direito internacional<sup>32</sup>.

Apesar das várias soluções propostas para ultrapassar este obstáculo<sup>33</sup> – e a mais interessante parece ser aquela que, permitindo restrições ao direito de propriedade, afirmava que a compensação deveria realiza-se de acordo com a lei

---

<sup>30</sup> Nesta linha, consulte *Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights*, 1<sup>st</sup> of July of 1995, UN. Doc. A/2929, paragraph 203, p. 66.

<sup>31</sup> Cf. *Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights*, 1<sup>st</sup> of July of 1995, UN. Doc. A/2929, paragraph 206, p. 66.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> Muitas destas soluções passavam por fórmulas baseadas no princípio da legalidade ou por fórmulas que garantissem ao titular do direito de propriedade a possibilidade de lançar mão de um processo judicial. Outras soluções passavam pelo estabelecimento de certas condições legais que deveriam estar reunidas para que as restrições pudessem operar, bem como pela fixação de um determinado montante indemnizatório. Cf. *Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights*, 1<sup>st</sup> of July of 1995, UN. Doc. A/2929, paragraph 207, 208, 209, p. 66.

cada Estado e com os princípios gerais de direito internacional – não foi possível formar consenso quanto ao requisito da compensação.

Não obstante de todos estes dissensos presenciados aquando 10.<sup>a</sup> sessão da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a existência do direito de propriedade mostrou-se consensual, retirando-se tal entendimento das orientações tomadas pela Comissão em vários momentos, entre os quais afirmava que: *“While no one questioned the right of the individual to own property, some doubted the advisability of including an article on the right of property in the covenants”, “(...) it was generally admitted that the right to own property was not absolute”, “(...) there was wide agreement that the right to own property was subject to some degree of control by the State”*<sup>34</sup>.

## **2.2. O Direito de Propriedade à luz dos demais instrumentos do direito internacional convencional**

Apesar de não se ter incluído o direito de propriedade nos Pactos Internacionais (PIDESC e PIDCP), à exceção do disposto quanto à cláusula de não-discriminação, o direito internacional convencional nem por isso deixou de o consagrar no âmbito de outros instrumentos universais.

Na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres<sup>35</sup>, o direito de propriedade surge no âmbito dos artigos 15.º, n.º 2, e artigo 16.º, n.º 1, alínea h), onde é firmado o tratamento igualitário entre homens e mulheres em matéria de propriedade, e onde se engloba a sua aquisição, gestão, administração, gozo, e disponibilidade.

---

<sup>34</sup> *Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights*, 1<sup>st</sup> of July of 1995, UN. Doc. A/2929, paragraph 197, 202 e 206, p. 65.

<sup>35</sup> Adotada e aberta à assinatura, ratificação e adesão pela Resolução n.º 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979, com entrada em vigor na ordem jurídica internacional a 3 de setembro de 1981, em conformidade com o seu artigo 27.º, n.º 1. Na oitava Conferência de Estados Partes, a 22 de maio de 1995, foi adotada uma emenda ao artigo 20.º, n.º 1 desta Convenção, sem que, até 31 de dezembro de 2005, tal emenda se encontrasse em vigor.

Também a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias<sup>36</sup> é possível encontrar disposições relativas ao direito de propriedade. Com efeito, é no artigo 15.º desta Convenção que se encontra a previsão relativa ao direito de propriedade, nele fixando-se a proibição de privação arbitrária dos bens dos trabalhadores migrantes ou dos membros da sua família, sendo que, no caso de expropriação, a mesma só poderá ter lugar nos casos previstos pela lei do Estado e mediante o pagamento de uma indemnização justa e adequada. Em termos convencionais, este é dos preceitos que maior detalhe confere ao direito de propriedade<sup>37</sup>.

Em sentido idêntico, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência contém disposições relativas ao direito de propriedade<sup>38</sup>. Articulados, os artigos 5.º, n.º 3 e 30.º, n.º 3, daquela Convenção reconhecem que os Estados devem tomar providências adequadas, em termos da proteção legislativa do direito de propriedade intelectual, por forma a garantir que o acesso das pessoas com deficiência a materiais não constituía uma barreira excessiva ou discriminatória.

Por fim, o direito de propriedade é reconhecido na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, nos termos do seu artigo 14.º, o qual se refere ao direito de propriedade e de posse aos povos indígenas, impondo aos Estados a consagração de meios efetivos de garantia e proteção desses direitos, bem como a criação de procedimentos jurídicos adequados a solucionar as reivindicações relativas à propriedade e posse de determinados terrenos. Nos termos do seu artigo 16.º, quando haja necessidade proceder a uma realocação destes povos, esta apenas se pode realizar perante o consentimento livre e esclarecido destes povos, devendo ser permitido o regresso

---

<sup>36</sup> Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/158, de 18 de dezembro de 1990, com entrada em vigor na ordem jurídica internacional a 1 de julho de 2003, em conformidade com o seu artigo 87.º, n.º 1.

<sup>37</sup> Nesta linha, cf. GOLAY, Christophe and CISMAS, Ioana (2010), *Legal Opinion: The Right to Property from a Human Rights Perspective*, Geneva academy of international humanitarian law and human rights, Geneva, p. 4.

<sup>38</sup> Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 13 de dezembro de 2006, aquando da sua 61.ª sessão, através da resolução 61/106, e aberta à assinatura a 30 de março de 2007, entrando em vigor na ordem jurídica internacional a 3 de maio de 2008.

às anteriores terras ou, perante a sua impossibilidade, a presente Convenção obriga à concessão de terras de qualidade e estatuto jurídico semelhantes ou, em alternativa, impõe o pagamento de uma indemnização adequada.

### **2.3. O Direito de Propriedade e a soft law**

Ainda no plano universal, porém fora do âmbito convencional, dá-se conta de importantes instrumentos de *soft law* que dispõem sobre o direito de propriedade, entre os quais se destacam, no quadro das Nações Unidas: “*The Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons*”<sup>39</sup> e “*The Basic Principles and Guidelines on Development based Evictions and Displacement*”<sup>40</sup>.

Quanto os princípios primeiramente enunciados – também conhecidos por *Pinheiro Principles* – o direito de propriedade é tido como fortemente sedimentado no direito internacional e como fundamental na procura da justiça<sup>41</sup>. Efetivamente, o 2.º princípio enunciado neste documento evidencia a existência, o conteúdo, os limites, e as salvaguardas do direito de propriedade, ao prescrever que os refugiados e os desalojados possuem o direito de ver restituída a sua habitação, as suas terras, e os bens de que hajam sido arbitrariamente ou ilegalmente privados. A indemnização pela privação da sua propriedade figura, nos termos deste artigo, como alternativa, quando a restituição da propriedade seja impossível, devendo esta indemnização ser fixada de forma independente e imparcial.

Embora pretendamos tão só situar aqui os exemplos de *soft law* existentes no que respeita ao direito de propriedade, uma palavra é devida ao acima exposto, para salientar as dimensões do direito à propriedade.

Como se observa, o direito de propriedade é um direito da dignidade e condição humana, cuja restrição necessita de fundamento e previsibilidade –

---

<sup>39</sup> Cf. UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons*, 28<sup>th</sup> of June of 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/17.

<sup>40</sup> Cf. Annex 1 of the report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, *The Basic Principles and Guidelines on Development based Evictions and Displacement*, A/HRC/4/18.

<sup>41</sup> Vide parágrafo 6.º do preâmbulo do documento.

respeitando o princípio da legalidade. A sua violação acarreta uma de duas soluções: a restituição da propriedade ou, em seu lugar, uma indenização considerada adequada, e fixada por um tribunal independente e imparcial. Assim, o direito de propriedade está não só conectado aos direitos humanos, como também consubstancia a ideia de justiça e da boa atuação governamental por parte de um determinado Estado, concluindo-se pelo seu alcance múltiplo e não restrito ao plano jurídico.

Quanto aos princípios aludidos em segundo lugar – *The Basic Principles and Guidelines on Development based Evictions and Displacement* – merecem a nossa atenção os parágrafos II (ponto B e C) e VI (ponto A). Presente nestes parágrafos, o direito de propriedade é tido como um direito humano básico, cabendo ao Estado assegurá-lo e legislar no sentido da sua proteção e salvaguarda, impondo-se uma compensação sempre que se verifique a ocorrência de interferências injustificadas, tais como o despejo ou desalojamento forçados.

## **2.4. Breves Considerações**

A análise aos instrumentos jurídico-internacionais assume relevância na medida em que nos permite compreender a forma como o direito de propriedade se consagra no seio do direito internacional convencional.

Não obstante da ausência da sua consagração no âmbito dos Pactos – PIDESC e PIDCP –, tal facto não impede que se afirme que, no plano convencional, o direito à propriedade está efetivamente consagrado. Se dúvidas existissem, não deixa de se colocar em evidência, sobretudo pela *soft law* das Nações Unidas, que o direito de propriedade tem um plano efetivo de aplicabilidade, plano esse que se encontra situado no âmbito do direito internacional.

Nos pontos precedentes, abre-se oportunidade para estreitar a análise do direito de propriedade de acordo com os vários sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Não se pode deixar de observar que o direito de propriedade, como a maioria dos direitos humanos, conhece uma proteção multinível, cuja tendência é de uma intensificação gradual da proteção concedida.

Neste contexto, nos próximos pontos, debruçamos a nossa análise nos vários sistemas de proteção regionais existentes, para aí tomarmos em conta em que termos se consagra o direito de propriedade.

### **3. O Direito de Propriedade nos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**

Finalizada a nossa análise no âmbito dos instrumentos internacionais, procuramos de seguida focar-nos nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, onde examinaremos o direito de propriedade tal como este se encontra consagrado no africano, interamericana e europeu.

#### **3.1. O Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos**

Os sistemas de proteção dos direitos humanos estruturam-se em múltiplos níveis. Partindo do âmbito universal, como anteriormente analisámos, encontramos nos sistemas regionais um segundo nível de proteção dos direitos humanos, erguidos pelas organizações internacionais regionais existentes. Não surpreende, por isso, que nos vários contextos regionais existam instrumentos jurídicos tendentes à promoção e proteção dos direitos humanos. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – doravante Carta Africana – é disso exemplo.

Adotada pela Organização da Unidade Africana<sup>42</sup>, à qual sucedeu a União Africana posteriormente, a Carta Africana consagra um conjunto de direitos humanos e de medidas de salvaguarda que têm em conta as particularidades do contexto do continente africano<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> A Carta foi adotada na 18.ª Conferência dos Chefes de Estado e de Governo dos estados africanos membros da Organização de Unidade Africana, a 26 de junho de 1981, em Nairobi, no Quênia. Entrou em vigor na ordem jurídica internacional a 21 de outubro de 1986, em conformidade com o seu artigo 63.º.

<sup>43</sup> É essa a razão que leva a autores como Richard Gittleman a afirmar: “(...) *problems unique to Africa justified a departure from such regional models as the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention) and the American Convention*

A Carta Africana consagrou a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos – doravante designada por CADHP –, enquanto entidade responsável pela sua implementação e, de modo geral, encarregada de promover a proteção dos direitos humanos e dos povos. De entre as várias competências atribuídas à Comissão, destacam-se, com relevância para a presente análise, a capacidade de interpretação das disposições da Carta Africana, e a capacidade de impulso das investigações relativas a comunicações que lhe sejam dirigidas, nas quais sejam denunciadas violações aos direitos humanos<sup>44</sup>.

Coevo com o relevante papel assumido pela CADHP na defesa dos direitos humanos e dos povos, o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos – doravante designado por TADHP – é, desde de 2004, o órgão jurisdicional com competência para julgar qualquer litígio relativo à interpretação e à aplicação da Carta Africana, do Protocolo do Tribunal, ou de qualquer outro tratado de direitos humanos a que os Estados-membros se encontrem juridicamente vinculados<sup>45</sup>. Outra importante competência deste Tribunal, reside na promoção de uma resolução amigável dos casos pendentes, objetivando uma maior celeridade dos casos a resolver. Todavia, o exercício das suas competências somente é possível perante os Estados que figuram como Partes no Protocolo do Tribunal<sup>46</sup>,

Ambos – Comissão e Tribunal – têm contribuído para o desenvolvimento e consubstanciação do sistema africano de proteção dos direitos humanos

---

*on Human Rights (American Convention).*" Cf. GITTLEMAN, Richard (1982), "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis", Virginia Journal of International Law, Vol. 22, p. 668.

<sup>44</sup> Neste sentido, cf. artigo 45.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Concordante com o relevo destas atribuições, vide IVORY, Radha (2014), *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 276.

<sup>45</sup> O Protocolo sobre o Estabelecimento de um Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos foi adotado em Ouagadougou, Burkina Faso, a 9 de junho de 1998, entrando em vigor a 25 de janeiro de 2004. Aquando da criação da União Africana, que sucedeu à Organização da Unidade Africana, estabeleceu-se que o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos dever-se-ia fundir com o Tribunal de Justiça Africano, dando origem ao Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos. Todavia o protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, adotado a 1 de julho de 2008, não entrou em vigor por motivo atinente à insuficiência de um número mínimo de Estados que o ratificou.

<sup>46</sup> Até 2016, apenas 26 dos 53 Estados Africanos ratificaram este protocolo.



promovidos pela Carta Africana. É precisamente neste aspeto que reside a importância de fazer menção a estes dois órgãos, pois veja-se que, nos termos da Carta Africana, o direito de propriedade possui um conteúdo mais reduzido do que aquele tem vindo a ser considerado pela CADHP ao abrigo das suas competências de interpretação ou pela jurisprudência do TADHP. O Direito de Propriedade na Carta Africana

A Carta Africana – instrumento regional que integra o sistema africano de proteção dos direitos humanos – apresenta uma divisória interna bastante específica. Do artigo 2.º ao artigo 18.º, são consagrados os direitos individuais; do artigo 19.º ao artigo 24.º, estabelecem-se os direitos coletivos; e do artigo 25.º ao artigo 29.º, são enunciados os deveres dos Estados e dos indivíduos. O direito de propriedade figura tanto a nível individual, quanto a nível coletivo. Importa por isso encetar uma análise distinta por forma a delimitar, *grosso modo*, a expressão da propriedade enquanto direito humano consagrado na Carta Africana.

### 3.1.1. O Direito de Propriedade na Carta Africana

A Carta Africana – instrumento regional que integra o sistema africano de proteção dos direitos humanos – apresenta uma divisória interna bastante específica. Do artigo 2.º ao artigo 18.º, são consagrados os direitos individuais; do artigo 19.º ao artigo 24.º, estabelecem-se os direitos coletivos; e do artigo 25.º ao artigo 29.º, são enunciados os deveres dos Estados e dos indivíduos. O direito de propriedade figura tanto a nível individual, quanto a nível coletivo. Importa, por isso, encetar uma análise distinta por forma a delimitar, em *grosso modo*, a expressão da propriedade enquanto direito humano consagrado na Carta Africana.

#### 3.1.1.1. O Direito de Propriedade enquanto direito individual – artigo 14.º da Carta Africana

Inserto no artigo 14.º da Carta Africana, o direito de propriedade surge definido da seguinte forma: “O direito de propriedade é garantido, só podendo ser afectado por necessidade pública ou no interesse geral da colectividade, em conformidade com as disposições das leis apropriadas”.

Ao prescrever na sua redação que o “*direito de propriedade é garantido*”, este artigo torna impreciso o alcance e o conteúdo desse direito, na medida em que carece de uma definição precisa do conceito de propriedade e dos seus beneficiários. Igualmente, quanto à suscetibilidade de se operarem interferências ao direito de propriedade – “*(...) só podendo ser afetado por necessidade pública ou no interesse geral da colectividade (...)*” – a redação do artigo deixa por determinar a que tipo de interferências se refere, e quais os requisitos que as mesmas necessitam de verificar para se considerarem justificadas<sup>47</sup>. Importa por isso, analisar primeiramente o escopo deste direito, para depois, perspetivar o regime das suas restrições.

#### 3.1.1.1.1. O Escopo do Direito de Propriedade na Carta Africana

Não obstante das críticas que se podem levantar relativamente à redação do artigo 14.º da Carta Africana – respeitante ao direito de propriedade – há que reconhecer o importante contributo prestado pela CADHP e pelo TADHP na concretização daquilo que é o escopo e o regime da propriedade.

Principiando pelo escopo pessoal do direito de propriedade, a CADHP reconheceu que tanto as pessoas singulares<sup>48</sup>, como as pessoas coletivas – em especial, as empresas<sup>49</sup> –, os partidos políticos<sup>50</sup>, e os povos<sup>51</sup>, figuram como

---

<sup>47</sup> Partilhando desta crítica, vide IVORY, Radha (2014), *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property ...*, Cambridge University Press, United Kingdom, pp. 277 e seguintes. Acrescentamos apenas que, quanto aos autores legitimados a operarem a tal interferência (Estados, Organizações Internacionais, Organizações Não Governamentais, pessoas coletivas, etc.), a redação do artigo é manifestamente diminuta para daí se retirar uma ideia sólida e fundamentada.

<sup>48</sup> Vide Communication 97/93, John K Modise v. Botswana, Modise v. Botswana (2000) AHRLR 30 (ACHPR 2000), Oct/Nov 2000, *14<sup>th</sup> Annual Activity Report*, parágrafo 94; Communication 253/2002, Antoine Bissangou v. Republic of Congo Bissangou v. Republic of Congo (2006) AHRLR 80 (ACHPR 2006), November 2006, *21<sup>st</sup> Activity Report*, parágrafo 76. Quanto ao TADHP, cf. Communication 286 /2004, Dino Noca v. Democratic Republic of the Congo, ACHPR, October 22, 2012, onde claramente se enuncia: “*(...) in the light of Article 2 of the African Charter, and the jurisprudence of the Commission clearly show, beyond reasonable doubt, that every individual has the right to property under the Charter*”.

<sup>49</sup> Cf. Communications 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria, *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria* (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998), parágrafos 76 e 77;

beneficiários do direito de propriedade. Quanto à delimitação do conceito, *i.e.*, quanto ao seu escopo substantivo, o direito de propriedade não surge na sua redação concretamente delimitado, ao invés, apenas “*é garantido*”.

Nos termos da Carta Africana, maiores dificuldades surgem em consubstanciar o conceito, o que melindra a própria aplicação do instrumento. Todavia, a CADHP, através da atividade desenvolvida no seio da União Africana, veio a pronunciar-se, em sede dos conflitos que lhe foram apresentados, considerando que no escopo da “propriedade” se englobam tanto as coisas tangíveis – *e.g.*, arquivos e equipamento informático<sup>52</sup>, alimentos<sup>53</sup>, habitação<sup>54</sup>, custas judiciais<sup>55</sup>, etc. –, como as coisas intangíveis – *e.g.* interesses legalmente

---

Communication 284/2003, Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe v. Republic of Zimbabwe, (2009) AHRLR 235 (ACHPR 2009), parágrafos 175 – 179. Pelo TADHP cf. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4 February 2010, parágrafo 209.

<sup>50</sup> Cf. Communication 373/06, Interights and Association Mauritanienne des Droits de l'Homme v. Mauritania, (2010) AHRLR 90 (ACHPR 2010), parágrafos 42 – 45.

<sup>51</sup> Cf. Communication 97/93, John K Modise v. Botswana, Modise v. Botswana (2000) AHRLR 30 (ACHPR 2000), Oct/Nov 2000, *14<sup>th</sup> Annual Activity Report*, parágrafo 94.

<sup>52</sup> Cf. Communication 225/98, *Huri-Laws v. Nigeria* (2000) AHRLR 273 (ACHPR 2000), parágrafos 52 e 53.

<sup>53</sup> Cf. Communication 249/2002, African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v. Republic of Guinea, African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v. Guinea (2004) AHRLR 57 (ACHPR 2004), parágrafo 3.

<sup>54</sup> Cf. Communication 155/96, Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria, Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v. Nigeria (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001), parágrafos 59 a 62. Importante é notar, no parágrafo 61, que: “(...) *the right to shelter obliges the Nigerian government not to destroy the housing of its citizens and not to obstruct efforts by individuals or communities to rebuild lost homes. The state's obligation to respect housing rights requires it ... to abstain from carrying out, sponsoring or tolerating any practice, policy or legal measure violating the integrity of the individual (...)*”.

<sup>55</sup> Pronunciando-se sobre as custas judiciais, a Comissão considerou: “(...) *the Commission considers that a monetary compensation granted by judgment having acquired the authority of res judicata should be considered as an asset. Therefore, the unjustified refusal of the respondent state to honour the final judgment passed in favour of the complainant hindered the enjoyment of his assets*”. Cf. Communication 253/2002, Antoine Bissangou v. Republic of Congo, Bissangou v. Republic of Congo (2006) AHRLR 80 (ACHPR 2006), November 2006, *21<sup>st</sup> Activity Report*, parágrafo 76.

protegidos ou expectativas legítimas<sup>56</sup>, e direitos contratuais resultantes de depósitos bancários<sup>57</sup>. Como adiante analisaremos, este é um entendimento próximo do entendimento do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem – no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos –, e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – no sistema europeu de proteção dos direitos humanos.

Quanto ao título jurídico que afira da titularidade ou posse de um bem, a posição defendida pela CADHP, vai no sentido da sua não exigibilidade. Por outras palavras, a CADHP, admite que nem sempre é exigido que os indivíduos, pessoas coletivas, e outros beneficiários do direito de propriedade, demonstrem ou comprovem o título jurídico que os relacione com os bens<sup>58</sup>, sendo que, no caso dos povos indígenas, a posse tradicional das terras foi considerada como substituto do título legal<sup>59</sup>.

Outra dificuldade que se levanta tem que ver com o escopo territorial do direito de propriedade nos termos a Carta Africana. Nenhuma das suas disposições estabelece um entendimento claro e inequívoco da afetação territorial dos direitos consagrados na Carta Africana, não obstante dos deveres a que, com a ratificação e subsequente depósito, os Estados-Parte se submeterem, particularmente aos deveres de promover e assegurar o respeito pelos direitos consagrados – artigos 1.º, 25.º e 26.º da Carta Africana.

---

<sup>56</sup> Sobre os interesses legalmente protegidos quanto à propriedade sobre territórios: cf. Communications 54/91, 61/91, 98/93, 164-196/97 and 210/98, Malawi African Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union Interafricaine des Droits de l'Homme and RADDHO, Collectif des Veuves et Ayants-droit and Association Mauritanienne des Droits de l'Homme v. Mauritania, Malawi African Association and Others v. Mauritania (2000) AHRLR 149 (ACHPR 2000), parágrafos 126 a 128.

<sup>57</sup> Sobre o congelamento de contas bancárias e outras interferências relacionadas com depósitos bancários, cf. Communication 233/99, Interights (on behalf of Pan African Movement and Citizens for Peace in Eritrea) v. Ethiopia; Communication 234/99, Interights (on behalf of Pan African Movement and Inter Africa Group) v. Eritrea, Interights (on behalf of Pan African Movement and Others) v. Eritrea and Ethiopia (2003) AHRLR 74 (ACHPR 2003)

<sup>58</sup> Neste sentido: Cf. Communication 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 - 196/97 and 210/98, Malawi African Association and Others v. Mauritania, (2000), ACHPR, parágrafo 128.

<sup>59</sup> Cf. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, *African Commission on Human and Peoples' Rights*, 4<sup>th</sup> of February of 2010, parágrafos 186 a 209.

Mais uma vez, a CADHP veio a ter um papel determinante neste domínio. No caso *Association of Victims of Post Electoral Violence and Another v. Cameroon*, a CADHP expressou o seu entendimento relativamente ao escopo territorial, determinando que os direitos consagrados na Carta Africana – nos quais se inclui o direito de propriedade – aplicam-se – e vinculam os Estados-Parte – em todo o seu território<sup>60</sup>. Sobre o carácter extraterritorial dos direitos consagrados na Carta Africana, a CADHP, no caso *John K Modise v. Botswana*, com base no seu artigo 5.º – que garante o respeito pela dignidade da pessoa humana e o reconhecimento da personalidade jurídica dos indivíduos – determinou que em todos os atos ou omissões cometidos por um terceiro Estado, por motivo da expulsão de um indivíduo, importa a violação do artigo em questão<sup>61</sup>. Por tal motivo, é razoável admitir que também o direito de propriedade tem um carácter extraterritorial. A extraterritorialidade dos direitos parece assim correlacionar-se com a atuação dos Estados-Parte, quando dessa atuação resultar a violação de direitos insertos na Carta Africana, independentemente de a violação ocorrer no território de um Estado Terceiro.

Por fim, a Carta Africana nada dispõe acerca do escopo temporal do direito de propriedade – bem como dos demais direitos aí previstos. Face a esta ausência, nada obsta a que se conclua, pela aplicação dos princípios gerais de direito internacional convencional, nomeadamente no respeitante à não retroatividade dos tratados, tal como surge definido no artigo 28.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>62</sup>. Não obstante, da prática da CADHP retiram-se duas possibilidades distintas de aplicação temporal dos direitos humanos previstos na Carta Africana<sup>63</sup>. A primeira possibilidade, respeita aos Estados que foram

---

<sup>60</sup> Cf. Communication 272/03, *Association of Victims of Post Electoral Violence and Another v. Cameroon*, (AfCmHPR, November 11, 2009), parágrafo 112, no qual a CADHP refere: “*In accordance with its traditional commitment to protect the rights guaranteed by the Charter, the State Party is obliged to ensure the effective protection of human rights throughout its territory*”.

<sup>61</sup> Cf. Communication 97/93, *John K Modise v. Botswana*, *Modise v. Botswana* (2000) AHRLR 30 (ACHPR 2000), Oct/Nov 2000, *14<sup>th</sup> Annual Activity Report*, parágrafos 88 a 96.

<sup>62</sup> A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi adotada em 22 de maio de 1969, entrando em vigor na ordem jurídica internacional a 27 de janeiro de 1980.

<sup>63</sup> Também neste sentido, e registando as diversas práticas da CADHP, vide Malcolm Evans and Rachel Murray, (2006), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986–2006*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, pág. 105.

originalmente Partes da Carta Africana e àqueles que, não o sendo, se tornaram Parte dela até à sua entrada em vigor<sup>64</sup>. A estes, a CADHP declara-se somente competente para o exame das comunicações de alegadas violações que sejam posteriores à data de entrada em vigor da Carta Africana<sup>65</sup>. A segunda possibilidade, concerne aos demais Estados, os quais se tornaram Parte após a entrada em vigor da Carta Africana. A estes, a CADH é competente para – nos termos do artigo 65.<sup>º</sup> da Carta Africana – receber, tratar e examinar as comunicações que surjam depois da sua entrada em vigor para determinado Estado<sup>66-67</sup>.

A competência da CADHP mantém-se igualmente nos casos de violações contínuas dos direitos humanos, ainda que tais violações remontem a um momento anterior da entrada em vigor da Carta Africana para um determinado Estado-Parte<sup>68</sup>.

#### 3.1.1.1.2. Restrições ao Direito de Propriedade na Carta Africana

Previstos no artigo 14.<sup>º</sup> da Carta Africana, encontram-se também as restrições de que o direito de propriedade pode ser alvo, ainda que, como afirmamos, não exista um regime claro e inequívoco neste âmbito. Efetivamente, o artigo em questão reporta-se a uma afetação, que somente pode preceder por razões de utilidade pública e em conformidade com as disposições das leis adequadas. Assim, relativamente à natureza e às possíveis restrições do direito de

---

<sup>64</sup> Recorda-se que a Carta Africana entrou em vigor a 21 de outubro de 1986.

<sup>65</sup> Neste sentido, *vide* Malcolm Evans and Rachel Murray, (2006), *The African Charter ...*, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, pág. 105.

<sup>66</sup> *Idem*.

<sup>67</sup> A exemplo da prática encetada pela CADHP neste sentido, *vide*: Communication 142/94, Njoka v. Kenya (2000) AHRLR 132 (ACHPR 1995), parágrafo 5; Communication 39/90, Annette Pagnoulle (on behalf of Abdoulaye Mazou) v. Cameroon, *10th Activity Report: 1996 – 1997*, parágrafo 15.

<sup>68</sup> No caso *Lawyers for Human Rights v. Swaziland*, a CADHP pronunciou-se, afirmando: “*In the present communication, the violations are said to have started in 1973 following the Proclamation by the King, that is, prior to the coming into force of the African Charter, and continued after the coming into force of the Charter when the Respondent State ratified the Charter and is still ongoing to date. The Commission therefore has the competence to deal with the communication*”. Cf. Communication 251/2002, *Lawyers for Human Rights v. Swaziland*, (2005), African Commission on Human and Peoples' Rights, parágrafo 45.

propriedade, a CADHP, reconheceu, nas suas decisões mais recentes, dois princípios norteadores. De acordo com o primeiro princípio, o direito de propriedade traduz-se num direito dos indivíduos ao respeito pelos seus bens – *peaceful enjoyment of property*<sup>69</sup>. Já o segundo princípio enuncia a possibilidade e as condições que necessitam de estar reunidas para que possam aplicar restrições do direito de propriedade<sup>70</sup>.

Com efeito, nos termos do artigo 14.<sup>º</sup> da Carta Africana, e no entendimento da CADHP, existe um duplo critério – *two-pronged test* – que deve ser satisfeito para que se possam operar restrições ao direito de propriedade. Estes critérios passam pela verificação de uma necessidade pública ou interesse geral da coletividade, que deve ser rigorosamente atestada<sup>71</sup>, e pela conformação da restrição com as disposições das leis apropriadas, considerando que o termo “*leis apropriadas*” abarca, na visão da CADHP, não só a satisfação dos requisitos ínsitos nas leis locais e internacionais, mas também – por referência ao termo “*apropriadas*” – o princípio da proporcionalidade<sup>72</sup>.

Além do cumprimento destes requisitos, a CADHP estabeleceu já posição quanto à necessidade de se observarem determinadas regras procedimentais. No

---

<sup>69</sup> Na expressão utilizada pela CADHP: “(...) *The right to property encompasses two main principles. The first one is of a general nature. It provides for the principle of ownership and peaceful enjoyment of property*”. Cf. Communication 373/06 (formerly 242/01), Interights and Association Mauritanienne des Droits de l’Homme v. Mauritania, (2010) AHRLR 90 (ACHPR 2010), parágrafo 44.

<sup>70</sup> A Comissão formula este segundo princípio da seguinte forma: “(...) *The second principle provides for the possibility, and conditions of deprivation of the right to property. Article 14 of the Charter recognises that States are in certain circumstances entitled, among other things, to control the use of property in accordance with the public or general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose*”. Idem.

<sup>71</sup> Segundo a CADHP, citando o Relator Especial da Subcomissão das Nações Unidas para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, “*Limitations, if any, on the right to indigenous peoples to their natural resources, must flow only from the most urgent and compelling interest of the state*”. Cf. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4<sup>th</sup> of February of 2010, parágrafo 212.

<sup>72</sup> Em perspetiva, “*The African Commission is of the view that any limitations on rights must be proportionate to a legitimate need, and should be the least restrictive measures possible*”. Cf. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4<sup>th</sup> of February of 2010, parágrafo 214.

*Noca v. R.D. do Congo*, CADHP estabeleceu que “(...) *the fundamental rights guaranteed by the Charter are based on **procedural rules** for their effective enjoyment (...) those rights should be followed in that, in the present case, their misapplication can deny the fundamental rights, thus leading to the limitation or deprivation thereof*” [destacado nosso]<sup>73</sup>. Sendo baseadas em regras procedimentais, as restrições devem não só ter uma base legalmente justificada, como incluir o pagamento de uma compensação adequada<sup>74</sup>. Também no caso *Endorois v. Kenya*, a CADHP deixou claro que as restrições devem ser proporcionais tendo em conta o fim legítimo que perseguem<sup>75</sup>, devendo igualmente prever o pagamento de uma compensação adequada<sup>76</sup>.

Perante esta breve análise, vale dizer que, no sistema africano de proteção dos direitos humanos, moldado pela Carta Africana, o direito de propriedade estende-se à esfera jurídica das pessoas singulares e coletivas, incluído os partidos políticos e os povos, abarcando um conjunto alargado de bens tangíveis e intangíveis. Quanto ao regime das suas restrições, estas somente se podem aplicar perante as necessidades públicas ou interesses da coletividade, que tenham expressão numa base legal que preveja, igualmente, o direito a uma compensação adequada. Como adiante veremos, esta é uma fórmula algo próxima da fórmula adotada no seio do Conselho da Europa.

---

<sup>73</sup> Cf. Communication 286/2004, *Dino Noca v. Democratic Republic of the Congo*, ACHPR, October 22<sup>nd</sup>, 2012, parágrafo 152.

<sup>74</sup> Sobre a compensação a Comissão determinou: “*Without such a justification and adequate compensation determined by an impartial court of competent jurisdiction, the African Commission believes that the actions of the Respondent State are in violation of the right to property guaranteed by Article 14 of the African Charter*”. Cf. Communication 286 /2004, *Dino Noca v. Democratic Republic of the Congo*, ACHPR, October 22<sup>nd</sup>, 2012, parágrafos 147 e 159.

<sup>75</sup> “*The African Commission is of the view that any limitations on rights must be proportionate to a legitimate need, and should be the least restrictive measures possible.*” – cf. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4<sup>th</sup> of February of 2010, parágrafo 214.

<sup>76</sup> Conforme a CADHP: “*Two further elements of the ‘in accordance with the law’ test relate to the requirements of consultation and compensation*”. Cf. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4<sup>th</sup> of February of 2010, parágrafos 224 e 225.



Atendendo à posição da CADHP e do TADHP, *supra* analisada, não é de surpreender que os sistemas regionais consagrem formulações próximas. Com efeito, existe uma esfera de influência entre os vários sistemas, particularmente observável nas comunicações da CADHP, que não raras as vezes recorre ao entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para dar fundamento às suas decisões. Não ignorando as particularidades de cada sistema regional, este acompanhamento, tem permitido criar, passo a passo, um todo coerente que não foi possível adotar nos Pactos Internacionais que sucederam à DUDH.

### 3.1.2. O Direito de Propriedade enquanto direito coletivo – artigo 21.º da Carta Africana

Fruto das realidades existentes no sistema regional africano, o direito de propriedade reflete-se, especialmente, numa dimensão coletiva, referente aos povos e indígenas. Antecedido pelos direitos à igualdade e à autodeterminação, e precedido pelos direitos ao desenvolvimento e a um ambiente sadio, o artigo 21.º da Carta Africana estabelece primeiramente que “*os povos têm livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos*” – n.º 1 –, tendo direito “*à legítima recuperação dos seus bens, bem como a uma indemnização adequada*” em caso de espoliação – n.º 2.

Estas são as premissas basilares daquilo a que podemos chamar de interação entre o direito de propriedade e o direito coletivo à riqueza e aos recursos<sup>77</sup>, que importa agora analisar.

Na senda daquilo que tem vindo a ser o trabalho desenvolvido pela CADHP, também aqui o seu contributo é decisivo para delimitar e precisar os termos empregues no artigo 21.º da Carta Africana. Assim, a CADHP deixou assente que o termo “*povo*” abrange não apenas os habitantes e os cidadãos de um Estado, mas também todos os coletivos que, não obstante de se identificarem como coletivos distintos, partilham as mesmas características histórias, políticas, geográficas e

---

<sup>77</sup> Igual denominação é adotada por Radha Ivory, *vide* IVORY, Radha (2014), *Corruption, Asset Recovery, ...*, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 281.

culturais<sup>78</sup>. Por seu turno, aos termos “*riquezas e recursos naturais*” referem-se aos terrenos coletivos detidos pelos povos, bem como as características pertencentes aos mesmos – por ventura, indispensáveis à sobrevivência destes povos<sup>79</sup>.

O conceito de “*espoliação*” foi também objeto de maior definição por parte da CADHP, enquanto termo referente à privação do direito dos povos à livre disposição das suas riquezas e recursos naturais. A apropriação destes bens – subtraindo-os dos povos indígenas –, implica, segundo a CADHP, a atribuição de uma compensação adequada e justa, e a realização de um procedimento prévio de consulta, visando a concessão do consentimento dos povos, sem o qual a *espoliação* se tem por contrária ao artigo 21.º da Carta Africana<sup>80</sup>. Acresce neste sentido, que é dever dos Estados-Parte prevenir todas as formas de exploração que coloquem em causa este direito – artigo 21.º, n.º 5 –, sob pena de melindrar o próprio direito ao desenvolvimento, tal como previsto no artigo 22.º da Carta Africana<sup>81</sup>.

Assim considerado, o direito à livre disposição das riquezas e dos recursos naturais dos povos forma como que uma espécie de direito de propriedade coletivo. Todavia é importante atentar na diferença entre o artigo 14.º e o artigo 21.º da Carta Africana. Não obstante de a livre disposição das riquezas e dos recursos naturais, se relacionar com o direito de propriedade – entre outros –, com ele não se deve confundir. Como alerta a autora Radha Ivory, o artigo 21.º da Carta Africana estabelece vários deveres aos Estados-Parte, consubstanciados no compromisso individual e coletivo, de “*exercer o direito de livre disposição das suas riquezas e dos seus recursos naturais com vista a reforçar a unidade e a solidariedade africanas*” – artigo 21.º, n. 4 –, bem como de “*eliminar todas as formas de exploração económica estrangeira, nomeadamente a que é praticada por*

---

<sup>78</sup> Cf. Communication 266/03, Kevin Mgwanga Gunme and others v. Cameroun, (2009), AHRLR 9, May 27, 2009, parágrafos 169 a 171.

<sup>79</sup> Cf. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4 February 2010, parágrafos 124 e 265 a 267.

<sup>80</sup> Cf. Communication 227/99, Democratic Republic of the Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda (2004) AHRLR 19 (ACHPR 2003), parágrafos 90 e 95; e igualmente, *vide* Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4<sup>th</sup> of February of 2010, parágrafos 252 a 268.

<sup>81</sup> Sobre a posição da CADHP neste sentido, *vide* as comunicações da nota anterior.

*monopólios internacionais, a fim de permitir que a população de cada país beneficie plenamente das vantagens provenientes dos seus recursos nacionais” – artigo 21.º, n.º 5.*

Considerando o fenómeno da corrupção, a autora afirma que destes deveres poderia inculcar-se a ideia – e há quem a defenda<sup>82</sup> – de que o artigo 21.º seria hierarquicamente superior ao artigo 14.º da Carta Africana, cabendo assim aos Estados-Parte um poder decisório alargado, com o perigo acrescido de reduzir o alcance interpretativo do direito de propriedade inserto no artigo 14.º. Como argumenta – e bem, a nosso ver – os direitos humanos são indivisíveis<sup>83</sup>, não se colocando a questão da hierarquia entre direitos humanos. Na visão da autora – com a qual concordamos – o disposto nos n.º 4 e 5 do artigo 21.º da Carta Africana, exige apenas que ao aplicar o direito, e a lei, sejam considerados os interesses individuais e os interesses coletivos e a relação que estabelecem entre si, visando-se igualmente a sua consideração na resolução de potenciais conflitos<sup>84</sup>.

### 3.1.3. Breves Considerações

Do exposto quanto ao direito de propriedade, tal como consagrado no Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos, resulta, em conclusão, que este direito tem uma vasta panóplia de beneficiários, diferenciando-se entre os indivíduos, pessoas coletivas – vulgarmente, empresas e associações –, partidos políticos, e povos. Igualmente, a propriedade – enquanto conceito – abrange um universo de bens, que podem ser corpóreos, como incorpóreos, móveis ou imóveis, e ainda se bastam nos interesses protegidos e expetativas legítimas.

---

<sup>82</sup> *Apud* Kofele-Kale, *Combating Economic Crimes*, pp. 131, 137–144. Cf. IVORY, Radha (2014), *Corruption, Asset Recovery, ...*, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 285.

<sup>83</sup> Conforme o parágrafo 6.º do preâmbulo da Carta Africana: “*Reconhecendo que, por um lado, os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana, o que justifica a sua protecção internacional e que, por outro lado, a realidade e o respeito dos direitos dos povos devem necessariamente garantir os direitos do homem*”.

<sup>84</sup> Cf. IVORY, Radha (2014), *Corruption, Asset Recovery...*, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 285.

Quanto ao âmbito das restrições a este direito, vimos que a jurisprudência da CADHP tem contribuído para um entendimento, algo sedimentado, de que a privação do direito de propriedade deve cumprir um duplo teste, que certifica que tal privação assenta numa base legal, e, portanto, numa previsão legal prévia; e que a ela preside determinada necessidade pública ou interesse geral que deva ser satisfeito.

Por último, observou-se que o artigo 21.<sup>o</sup> da Carta Africana, que dispõe sobre o direito à livre disposição de riquezas e recursos naturais dos povos, não obstante de se relacionar com o direito de propriedade, consagrando-se como uma espécie de direito de propriedade coletiva, em abono da verdade, com este não se confunde. Antes, visa dar previsibilidade legal às realidades existentes no contexto regional africano, protegendo os povos indígenas e as suas riquezas e recursos naturais, obrigando os Estados-Partes a uma série de compromissos tendentes à maior proteção destes povos.

### **3.2. O Sistema interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é considerado um dos sistemas regionais mais antigos até hoje existentes. Primeiramente instituído pela Carta da Organização dos Estados Americanos – doravante Carta<sup>85</sup> – e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – doravante Declaração<sup>86</sup> –, à qual que se seguiu a Convenção Americana Sobre os Direitos

---

<sup>85</sup> Através da Carta da Organização dos Estados Americanos, enquanto tratado, é criada a Organização dos Estados Americanos. Este tratado foi adotado no seio da IX Conferência Internacional Americana de 30 de abril de 1948, em Bogotá (Colômbia). O tratado entrou em vigência em 13 de dezembro de 1951, tendo sido reformada pelos Protocolos de Buenos Aires, de 27 de fevereiro de 1967; de Cartagena das Índias, de 5 de dezembro de 1985; de Washington de 14 de dezembro de 1992; e de Manágua – de 10 de junho de 1993.

<sup>86</sup> A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, a 30 de abril de 1948, na mesma reunião de onde emerge a Organização dos Estados Americanos. Embora a declaração, à semelhança das demais, não crie um vínculo jurídico internacional, não deixa de ter a sua importância histórica, não só porque foi anterior à própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, como foi incluída a nível constitucional em alguns países, como é o caso da Argentina.

Humanos – doravante Convenção<sup>87</sup> –, o sistema americano de proteção dos direitos humanos conforma-se com a atuação concertada da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – denominada CIDH – e do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos – TIDH.

É com fundamento no respeito dos direitos essenciais do Homem<sup>88</sup> e na aceitação e proclamação solene dos direitos fundamentais da pessoa humana<sup>89</sup>, que a Carta – de onde emerge a Organização dos Estados Americanos – estabeleceu um mecanismo dual de proteção dos direitos humanos<sup>90</sup> baseado na atuação desses dois órgãos, cujas competências<sup>91</sup> consubstanciam um sistema inter-regional de proteção dos direitos humanos, onde se inclui naturalmente o direito de propriedade.

### 3.2.1. O Direito de Propriedade na Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos

O direito de propriedade encontra-se consagrado tanto na Declaração Interamericana, quanto na Convenção Interamericana, a que *supra* se aludiu. Na senda do artigo 17.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem – sua contemporânea – a Declaração Interamericana declara, à luz do seu artigo XXIII,

---

<sup>87</sup> Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, na Costa Rica, a 22 de novembro de 1969. A Convenção Interamericana dos Direitos do Homem entrou em vigor precisamente a 18 de julho de 1978, de acordo com o seu artigo 74.º, n.º 2, que previa a sua entrada em vigor após depósito do instrumento ratificado pelo décimo primeiro estado a fazê-lo.

<sup>88</sup> Cf. Parágrafo 5.º do preâmbulo da Carta da Organização dos Estados Americanos.

<sup>89</sup> Vide artigo 3.º, alínea g) da Carta da Organização dos Estados Americanos, referente aos princípios reafirmados pelos Estados Americanos.

<sup>90</sup> Neste sentido, cf. MCCANN, Timothy M. (1982), *The American Convention on Human Rights: Toward Uniform Interpretation of Human Rights Law*, in Fordham International Law Journal, The Berkeley Electronic Press, Volume 6, Issue 3, p. 611.

<sup>91</sup> Com efeito, resulta da conjugação dos artigos 41.º, 44.º, 46.º, 48.º, 50.º e 51.º da Convenção que a CIDH é o órgão, por excelência, a quem devem ser submetidas as petições que contenham queixas ou denúncias referentes à violação dos direitos humanos presentes na Convenção. Após a receção da petição que denuncie a violação de direitos humanos, à CIDH cabe, em primeiro lugar, averiguar pela legitimidade para apresentar a denúncia, devendo, em segundo lugar, proceder a um exame de admissibilidade da mesma, a fim de se apreciar do mérito. Em qualquer fase do processo, é possível chegar a uma solução amistosa entre as partes interessadas, caso em que a atividade da CIDH cessa, após a elaboração de um relatório que envia ao peticionário, aos Estados-parte, e ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. Não se alcançando uma solução amistosa, dá-se continuidade ao processo com a submissão do caso ao TIDH pela CIDH. Já quanto às competências do TIDH, nos termos do artigo 61.º e seguintes, este profere decisão somente nos casos apresentados pelos Estados-Parte ou a Comissão.

que *“Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar”*<sup>92</sup>. Sem mais nada acrescentar, torna-se impreciso definir o escopo do direito de propriedade tal como está redigido, sobretudo no que toda às suas restrições<sup>93</sup>.

Mais esclarecedora veio a ser a Convenção Interamericana. Aqui, numa abordagem coerente com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>94</sup>, a Convenção consagra não só o direito e o respeito à propriedade, mas também o regime referente às suas restrições. Desta forma, o artigo 21.º da Convenção Interamericana refere expressamente que a lei pode subordinar o uso e o gozo do direito de propriedade por razões de interesse social, sendo que ninguém pode ser privado da sua propriedade *“(...) salvo mediante o pagamento de uma indemnização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei”*. Igualmente, *“Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do Homem pelo Homem devem ser reprimidas pela lei”*<sup>95</sup>.

Para aquilo que agora nos ocupa, duas são as questões essenciais que procuraremos sintetizar: a primeira, relativa ao escopo do direito de propriedade à luz da Convenção Interamericana, e a segunda, concernente à natureza e ao regime das suas restrições.

---

<sup>92</sup> Redação em Português do Brasil. Numa outra versão oficial – em inglês – o artigo XXIII encontra-se redigido da seguinte forma: *“Every person has a right to own such private property as meets the essential needs of decent living and helps to maintain the dignity of the individual and of the home.”*

<sup>93</sup> Convém referir que em todo o caso, a Declaração, não obstante da sua importância, não é um instrumento juridicamente vinculativo para os Estados pertencentes à Organização dos Estados Americanos.

<sup>94</sup> Autores como MCCAN e IVORY sugerem que a consagração do direito de propriedade na Convenção Interamericana socorreu-se do disposto no artigo 1.º do Protocolo 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Neste sentido, vide MCCANN, Timothy M. (1982), *The American Convention ...*, in Fordham International Law Journal, The Berkeley Electronic Press, Volume 6, Issue 3, pp. 614 e seguintes; IVORY, Radha (2014), *Corruption, Asset Recovery...*, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 265.

<sup>95</sup> Mais uma vez se recorre à redação em português do Brasil. Reproduzido na sua versão em inglês, o artigo 21.º da Convenção americana tem a seguinte redação:

*“1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.  
2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.  
3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law.”*

### **3.2.1.1. O Escopo do Direito de Propriedade – artigo 21.º da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem**

Em relação à primeira das duas questões enunciadas, temos que o escopo do direito de propriedade abarca a sua realidade temporal, pessoal, territorial, e substantiva, onde se engloba não só a definição de propriedade, mas também os múltiplos domínios a que a ela pertencem.

O direito de propriedade encontra-se, como *supra* se aludiu, inscrito nos termos do artigo 21.º da Convenção Interamericana, o qual deve ser conjugado com o artigo 1.º – sob epígrafe, “*Obrigações de respeitar os direitos*” – e com o direito internacional convencional, tal como definido na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

#### **3.2.1.1.1. Escopo Temporal do Direito de Propriedade**

Partindo deste ponto, verificamos que, no que respeita ao escopo temporal do direito de propriedade, os artigos da Convenção Interamericana aplicam-se às violações dos direitos humanos que ocorram após a sua adoção, ou após a sua entrada em vigor, para os Estados que a ela venham a aderir. Não obstante, o TIDH adotou uma *doutrina relativa às violações continuadas*, declarando-se competente para o exame das violações cometidas pelos Estado-Partes, antes da aceitação da sua jurisdição mas que se prolonguem após essa aceitação<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> De modo mais esclarecido, o TIDH assume que: “*According to this principle of non-retroactivity, in the case of a continuing or permanent violation, which begins before the acceptance of the Court’s jurisdiction and persists even after that acceptance, the Tribunal is competent to examine the actions and omissions occurring subsequent to the recognition of jurisdiction, as well as their respective effects*”. Vide *Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of June 15<sup>th</sup> of 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 39.

O TIDH pronunciou-se mais tarde sobre a doutrina das violações continuadas, aditando: “*(...) it is important to differentiate between instantaneous acts and acts of a continuous or permanent nature. The latter “extend through the entire time period during which the fact continues and the lack of conformity with the international obligation is maintained”. Due to its characteristics, once the treaty goes into force, those continuous or permanent acts that persist after that date may generate international obligations for the State Party, without this implying a violation to the principle of non-retroactivity of treaties.*” Vide *Case of Radilla-Pacheco v. Mexico*, Judgment of November 23<sup>rd</sup> of 2009, (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 22.

Relativamente ao direito de propriedade, a posição assumida pelo TIDH não deixa de ser aparentemente controversa e contraditória. Em dois dos casos apreciados pelo TIDH, o mesmo tomou posições assimetricamente opostas. No caso *Moiwana Community*, verificou-se que o Tribunal Interamericano não possuía competência jurisdicional ao momento em que a comunidade *Moiwana* foi desalojada dos seus territórios. Contudo, após o Suriname ter aceite as competências jurisdicionais do TIDH, aquando da adoção da Convenção Interamericana, este veio a conhecer da causa de julgar, uma vez que a violação ao direito de propriedade dos *Moiwana* se mantinha de forma continuada, considerando a impossibilidade de a comunidade regressar às suas terras<sup>97</sup>. Já no caso *Cantos V. Argentina*, o TIDH foi incapaz de defender eficazmente a sua competência para julgar. O caso diz respeito ao confisco de alguns dos bens do peticionário, por parte das autoridades públicas da Argentina, ainda antes desta figurar como Parte na Convenção Interamericana. Mesmo após a ratificação e depósito da Convenção Interamericana por parte da Argentina, e verificando-se que o peticionário continuava privado dos seus bens, o TIDH, aquando do exame das questões prévias, nomeadamente das questões de competência jurisdicional, não foi capaz de sustentar a existência de uma violação ao direito de propriedade de forma continuada, pronunciando-se, por isso, como incompetente para conhecer da causa<sup>98</sup>.

#### 3.2.1.1.2. Escopo Pessoal do Direito de Propriedade

Referente ao escopo pessoal do direito de propriedade, temos que, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, os direitos e deveres inscritos na Convenção Interamericana somente se aplicam às pessoas singulares. A norma é expressa em afirmar que “*Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano*”, o que parece excluir as pessoas coletivas, enquanto entidades cuja personalidade jurídica deriva de uma atribuição legal. Não obstante, o TIDH parece enquadrar certas

---

<sup>97</sup> Cf. *Case of the Moiwana Community v. Suriname*, Judgment of June 15<sup>th</sup> of 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 43.

<sup>98</sup> Cf. *Case Cantos v.. Argentina*, Judgment of Novemebr 28<sup>th</sup> of 2002 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafos 32, 38, e 40.



violações do direito de propriedade das pessoas coletivas como uma violação ao próprio direito de propriedade dos indivíduos, assente na consideração de a uma violação, subsegue-se a outra. A título de exemplo, no caso *Ivcher-Bronstein v. Peru*, o TIDH considerou que o direito de propriedade, ínsito no artigo 21.º da Convenção Interamericana, havia sido violado pelo Peru, quando, por via da anulação da compra de ações do peticionário, suspendeu os seus direitos como acionista maioritário, bem como a sua nomeação como diretor e CEO. A proibição do peticionário proceder à transferência das ações de que era titular, bem como a convocação de uma assembleia geral, na qual as autoridades argentinas elegeram uma nova administração, consubstanciou igualmente uma violação ao direito de propriedade. Embora existia no presente caso aspetos relativos à esfera jurídica do peticionário, não se descora que o TIDH englobou na sua consideração as restrições apostas à pessoas coletiva quando aferiu pela violação do direito de propriedade<sup>99</sup>.

Ainda neste âmbito, o caso *Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, ilustra o alcance da interpretação e da prática jurisprudencial do TIDH, relativamente aos direitos inscritos na esfera jurídica das pessoas coletivas. No presente caso, o TIDH considerou que a operação antinarcóticos levada a cabo pelo Equador, afetou a capacidade de intervenção do peticionário na empresa, que detinha em 50% das participações. Efetivamente, o exame do Tribunal Interamericano apurou que a apreensão de determinados bens da empresa; a gestão da empresa, entretanto assumida pelas autoridades públicas durante o decorrer do processo de investigação; a afetação dos espaços afetos à atividade empresarial por tempo superior ao tempo do processo de investigação; e o congelamento de contas bancárias e de instrumentos financeiros, consubstanciou uma restrição do direito de propriedade do peticionário e da própria empresa, que em todo o caso, se encontrava justificada<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Cf. *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Judgment of February 6<sup>th</sup> of 2001 (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafos 76, e 101 a 116.

<sup>100</sup> Cf. *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Judgment of November 21<sup>st</sup> of 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafos 2 e 182.

A lógica aqui aplicada pelo TIDH, centra-se na premissa de que existe uma diferença entre os direitos dos acionistas e os direitos de uma empresa – enquanto pessoa coletiva. Todavia, é reconhecido que a participação nos dividendos de uma empresa é parte integrante do património pessoal de um acionista, razão pela qual tal participação engloba-se no direito de propriedade. Sendo considerada propriedade do acionista, ao qual compete a sua fruição e utilização, qualquer interferência que se verifique implica uma violação do direito de propriedade, não obstante da interferência incidir sobre uma pessoa coletiva, que, como oportunamente se mencionou, não se engloba diretamente no âmbito subjetivo da desta Convenção<sup>101</sup>.

#### 3.2.1.1.3. Escopo Territorial do Direito de Propriedade

No tocante ao escopo territorial, o artigo 1.º da Convenção Interamericana, ao fixar que “*Os Estados Partes nesta Convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja **sujeita à sua jurisdição** (...)*” [destacado nosso], induz-nos à ideia de que a sua *ratione loci* se estende à totalidade do domínio territorial dos Estados-parte da Convenção. Reforçando este entendimento, dispõe-se, à luz do artigo 29.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que “*(...) a aplicação de um tratado estende-se à totalidade do território de cada uma das partes*”, salvo se o contrário resultar do próprio tratado”.

---

<sup>101</sup> Citando aquele que é o entendimento do TIDH: “(...) *This Court has made a difference between the rights of the shareholders of a company and those of the company itself, indicating that domestic laws grant shareholders certain direct rights, such as the right to receive the agreed dividends, to attend and vote at general meetings, and to receive part of the company’s assets when it is liquidated. (...) In addition, Mr. Chaparro was the general manager of the company. It is clear that a value could be placed on this participation in the company’s shares, which formed part of its owner’s patrimony from the moment it was acquired. As such, this participation constituted an asset to which Mr. Chaparro had the right to use and enjoyment.*” Cf. *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Judgment of November 21<sup>st</sup> of 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafos 182 e 183.

No entanto, o TIDH tem resistido em conceder uma definição precisa daquilo que seja considerada a área de “*jurisdição*”<sup>102</sup>, porquanto a CIDH, não define ela própria, o conceito e limite relativo ao “*território*”<sup>103</sup>.

À luz direito internacional, afigura-se pacífico afirmar que a jurisdição de um Estado estender-se-á até onde este exerça os seus poderes de autoridade, independentemente do caráter extraterritorial desse exercício<sup>104</sup>. Logo, o âmbito da Convenção e da própria competência do TIDH estendem-se, não apenas a todo o território dos Estados-parte, mas também a todos os locais onde esses Estados exerçam poderes de autoridade<sup>105</sup>. Todavia, se assim é, o artigo 62.º, n.º 2 da Convenção Interamericana, ao admitir que a declaração de aceitação da jurisdição do TIDH possa ser feita incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade, por determinado prazo ou para casos específicos, acarreta, quando a este último aspeto, graves fragilidades. Ainda que em mera hipótese, a aceitação das competências jurisdicionais do TIDH para a apreciação e julgamento de um conjunto limitado de casos específicos, leva a que se crie uma bipolaridade no sistema interamericano de proteção de direitos humanos. Ainda que esta opção encerre uma solução flexível e apta à maior aceitação das competências do TIDH por parte dos Estados, por outro lado, não deixa de se demonstrar incoerente, uma vez que permite aos Estados-Parte da Convenção Interamericana excluïrem determinadas violações de direitos humanos da competência do TIDH. Estamos, por isso, de acordo com Pasqualucci quando este refere que o artigo 62.º, n.º 2 da

---

<sup>102</sup> No caso *Fairén-Garbi and Solís-Corrales v. Honduras*, deixou-se expresso que: “*The Court does not now consider it necessary to analyze the meaning of the expression “subject to their jurisdiction.”*” Cf. *Case of Fairén-Garbi and Solís-Corrales v. Honduras*, Judgment of March 15<sup>th</sup> of 1989 (Merits), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 161. *Vide* igualmente *Case of Garibaldi v. Brazil*, Judgment of September 23<sup>rd</sup> of 2009 (Preliminary objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 146.

<sup>103</sup> *Vide* IACmHR, *Petitions and cases declared inadmissible*, Report N° 38/99, Petition, Victor Saldaño, Argentina, March 11<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 17; IACmHR, *Coard et al. v. United States*, Report No. 109/99, Case 10.951 September 29<sup>th</sup> of 1999, Annual Report, 1999, parágrafo 37.

<sup>104</sup> Neste sentido, *vide* SCHACHTER, O. (1991) *International Law in Theory and Practice*, 2<sup>nd</sup> Edition, M. Nijhoff Publishers, Boston, volume 13, p. 254 *apud* Pasqualucci, Jo M. (2013), “*The Practice ...*”, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press, New York, pág. 147.

<sup>105</sup> Pasqualucci afirma que esta seria uma questão a levantar caso os Estados Unidos da América aceitassem a jurisdição do TIDH. Com efeito, não obstante da prisão de Guantánamo localizar-se em Cuba, os Estados Unidos da América exercem sobre a prisão verdadeiros poderes de autoridade. Atendendo às violações de direitos humanos relatadas, os Estados Unidos da América poderiam vir a ser chamados a pronunciar-se sobre tais denúncias perante o TIDH. Cf. Pasqualucci, Jo M. (2013), “*The Practice ...*”, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press, New York, págs. 148 e 149.

Convenção “(...) *should not be interpreted to permit a State to declare that no cases arising in a specific area of its jurisdiction be permitted*”<sup>106</sup>.

Permitindo e tolerando esta lacuna, o propósito do TIDH esvaziar-se-ia de sentido, deixando as suas competências jurisdicionais dependentes e condicionadas pela decisão dos Estados-Parte, que assim poderiam excluir os casos, onde o reforço da proteção dos direitos humanos se revelasse mais necessária. Acresce que, nos termos do artigo 25º da Convenção Interamericana, a todos é garantido o direito de proteção judicial, o que se traduz no direito a um recurso efetivo perante os juízes e tribunais competentes, que permita proteger os indivíduos dos atos que violem os direitos consagrados na Convenção Interamericana. Além de tudo isto, a opção prevista no artigo 62.º, n.º 2 da Convenção, importa, além da possibilidade dos Estados virem a limitar fortemente as competências jurisdicionais do TIDH, um menor alcance e efetividade das suas próprias disposições e dos direitos que aí se encontram previstos.

#### 3.2.1.1.4. Escopo Substantivo do Direito de Propriedade

O escopo substantivo do direito de propriedade cumpre o papel de definir quais as realidades concretas que o termo “*propriedade*” abrange. Segundo o TIDH, este termo reporta-se a todos os objetos que possam ser passíveis de apropriação, bem como todos os direitos que decorram do património pessoal dos indivíduos, nele incluindo todos os bens móveis e imóveis, os elementos corporais e imateriais, e ainda qualquer objeto incorpóreo, independentemente do seu valor <sup>107</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, o TIDH sublinha a importância de autonomizar os conceitos presentes na Convenção Interamericana com os conceitos presentes na legislação nacional; e de interpretar os conceitos de acordo

---

<sup>106</sup> Idem.

<sup>107</sup> No caso *Ivcher-Bronstein v. Peru*, o tribunal deixa claro que “*Property may be defined as those material objects that may be appropriated and also any right that may form part of a person’s patrimony; this concept includes all movable and immovable property, corporal and incorporeal elements, and any other intangible object of any value.*” Cf. *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Judgment of February 6<sup>th</sup> of 2001 (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 122.

com a atualidade e com as condições de vida existentes, assente na consideração que os tratados sobre direitos humanos são instrumentos vivos<sup>108</sup>.

Por essa mesma razão, sob o conceito de “*propriedade*”, englobam-se realidades tão diversas quanto os interesses comunitários dos afrodescendentes e dos indígenas nas terras, os cursos de água e as florestas<sup>109</sup>; as participações sociais e os poderes e direitos daí advindos<sup>110</sup>; as pensões de reforma<sup>111</sup>; e os direitos de ação *in personam* ou *in rem*<sup>112</sup>.

A questão que fica por responder é a de saber se o direito de propriedade se aplica mesmo nos casos em que a propriedade é adquirida de forma ilícita. A autora Radha Ivory, embora admita que os termos frequentemente utilizados pelo TIDH possam inculcar a ideia de que o direito de propriedade não se aplica aos bens adquiridos de forma ilícita – ou cuja relação entre determinados bens e o seu possuidor, ou titular, não seja reconhecida pelo Direito –, reconhece que as referências expressas aos objetos de valor e à posse abrem porta à conclusão contrária<sup>113</sup>. A posição assumida pela autora parece ser sugestiva, todavia há que tomar algumas cautelas. É certo que o direito internacional, seja ele de base convencional ou não, emprega termos que se devem ser autonomizados dos termos correntes das legislações nacionais. Ora, se a ilicitude de determinada relação entre certos bens e os respetivos possuidores ou titulares, varia consoante a lei nacional de cada Estado, afigura-se coerente autonomizar tais noções no seio do direito internacional. Porém, este argumento não deve ser exacerbado. A

---

<sup>108</sup> É a posição assumida pelo TIDH que “*The terms of an international human rights treaty have an autonomous meaning, for which reason they cannot be made equivalent to the meaning given to them in domestic law. Furthermore, such human rights treaties are live instruments whose interpretation must adapt to the evolution of the times and, specifically, to current living conditions*”. Cf. *Case of The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31<sup>st</sup> of 2001, Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 146.

<sup>109</sup> Cf. *Case of The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31<sup>st</sup> of 2001, Inter-American Court of Human Rights, parágrafos 149 a 153.

<sup>110</sup> Cf. *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Judgment of February 6<sup>th</sup> of 2001 (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafos 122 e 123.

<sup>111</sup> Cf. *Case of the “Five Pensioners” v. Peru*, Judgment of February 28<sup>th</sup> of 2003 (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafos 102 e 103.

<sup>112</sup> Cf. *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Ñiquez v. Ecuador*, Judgment of November 21<sup>st</sup> of 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights.

<sup>113</sup> Vide RADHA, Ivory, (2014), *Corruption, Asset Recovery ...*, Cambridge University Press, United Kingdom, pág. 270.

redação do direito de propriedade, tal como figura na Convenção Interamericana parece adquirir um sentido muito preciso.

À luz do disposto no artigo 21.º, n.º 1 da Convenção, “*Toda pessoa tem direito ao uso e gozo **dos seus bens***” [destacado nosso]. A referência a “*seus bens*” traduz possivelmente uma ideia de licitude na relação entre tais bens e os seus possuidores, ou titulares, tanto é que, no n.º 3 do mesmo artigo, estabelece-se um dever positivo para os Estados-parte, encarregando-os de reprimir através da lei, “*Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem (...)*”. Mais, realizando uma interpretação objetivista e atualista, tal como se estabelece no artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o texto da Convenção, entre outros elementos, não pode ser descorado. Também o objeto e o fim são elementos auxiliares de interpretação, razão pela qual acreditamos que a posição da autora contém demasiada fragilidades.

Assim, não só à luz do texto do preceito, mas tendo também em conta o seu objeto e fim, dificilmente se consegue conceber que a aquisição ilícita seja protegida pelo n.º 1 do artigo 21.º da Convenção Interamericana, quando o n.º 3 do mesmo artigo impõe aos estados um dever de reprimir a usura ou qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem – expressão que abre porta a um entendimento mais lato. Com evidência, somos levados a afastar-nos da posição daquela autora.

#### **3.2.1.2. Restrições ao Direito de Propriedade na Convenção Interamericana**

O direito de propriedade, tal como se encontra definido no artigo 21.º da Convenção Interamericana, admite que a ele sejam impostas determinadas restrições. Como tal, afigura-se importante destringir o âmbito de aplicação das restrições que aqui se encontram presentes e proceder à sua correta delimitação à luz da orientação jurisprudencial do TIDH.

Nos termos do n.º 1 do artigo 21.º da Convenção Interamericana, refere-se que “*a lei pode subordinar o uso e gozo do direito de propriedade ao interesse social*”. Neste primeiro caso, existe, uma limitação, mas não uma privação – pelo menos

total – do exercício do direito de propriedade. Essa limitação decorre do interesse social que, segundo o TIDH, deve ser superior ao uso ou gozo do direito de propriedade. Acresce que, além da sua previsão normativa, a interferência realizada no direito de propriedade, motivada por um imperativo interesse social, deve conformar-se com o princípio da proporcionalidade, garantindo nomeadamente que o direito somente é afetado no mínimo indispensável para a realização de um tal interesse<sup>114</sup>.

A “*base legal*”, a “*necessidade*”, a “*proporcionalidade*”, e o “*alcance de um objetivo legítimo de uma sociedade democrática*”, têm sido os elementos concretamente utilizados pelo TIDH como requisitos para que as restrições ao direito de propriedade sejam admissíveis. Estes elementos formam como que um núcleo indispensável para garantir que a limitação ao uso e gozo do direito de propriedade opera dentro dos parâmetros da Convenção Interamericana.

Particularmente ilustrativo do que se acaba de afirmar é a posição firmada pelo TIDH referente aos procedimentos criminais correlacionados com as investigações no domínio do combate ao terrorismo, onde o mesmo veio a assumir: “(...) *While the use and enjoyment of property may be subordinated to the **interest of society**, any measures of this nature may **only be taken by law**, and the propriety of such measures must (...) be guided by the just demands of the general welfare and the **advancement of democracy**. (...) taking of property for reasons of **public utility or social interest** that gives rise to a duty to compensate should be distinguished from controls upon the use or enjoyment of property (...). In the latter instance, while each case must be evaluated in its own circumstances in light of the **principles of***

---

<sup>114</sup> Refere o TIDH: “*The necessity of legally established restrictions will depend on whether they are geared toward satisfying an imperative public interest; it is insufficient to prove, for example, that the law fulfills a useful or timely purpose. Proportionality is based on the restriction being closely adjusted to the attainment of a legitimate objective, interfering as little as possible with the effective exercise of the restricted right. Finally, for the restrictions to be compatible with the Convention, they must be justified by collective objectives that, because of their importance, clearly prevail over the necessity of full enjoyment of the restricted right*”. Cf. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Judgment of June 17<sup>th</sup> of 2005 (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 145.

*proportionality and necessity, restrictions on the use or enjoyment of property may well be necessary in the **general interest** (...)* [destacado nosso]<sup>115</sup>.

Ainda no âmbito das restrições, o n.º 2 do artigo 21.º da Convenção Interamericana comporta uma restrição mais acentuada do que aquela que analisámos. À luz deste preceito, as restrições que importam a privação da propriedade são admissíveis quando lhe subjazam razões de utilidade pública ou de interesse social, nos casos e na forma prevista pela lei, e no pressuposto de que é garantido ao titular do direito de propriedade o pagamento de uma indemnização justa<sup>116</sup>.

Através da sua jurisprudência, o TIDH tem delimitado e concretizado o entendimento a manter relativamente aos conceitos de “*legalidade*”, “*procedimento equitativo*”, e de “*interesse público*”, enquanto requisitos pertencentes à fórmula jurídica consagrada pela Convenção Interamericana para justificar a privação do direito de propriedade.

Assim, no caso *Ivcher-Bronstein v. Peru*, o TIDH principia por referir que somente se verifica a compatibilidade da privação do direito de propriedade com a Convenção, quando esta é baseada “*(...) on reasons of public utility or social interest, subject to the payment of just compensation, and be restricted to the cases and according to the forms established by law*”<sup>117</sup>.

Caso as razões de utilidade pública ou de interesse social não se verifiquem, nem haja pagamento de uma compensação justa, a interferência ao direito de propriedade é tida como clara violação deste direito<sup>118</sup>. A legalidade, enquanto

---

<sup>115</sup> Cf. Inter-American Commission of Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights* Doc. 5 rev. 1 corr., OEA/Ser.L/V/II.11622, October 2002, parágrafos 367 e 368, acessível através do website <http://www.cidh.org/Terrorism/Eng/part.p.htm>, acedido a 11 de setembro de 2015.

<sup>116</sup> Enuncia o artigo 21.º, n.º 2: “Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o **pagamento de indenização justa**, por motivo de **utilidade pública** ou de **interesse social** e nos **casos e na forma estabelecidos pela lei**” (destacado nosso).

<sup>117</sup> Cf. *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Judgment of February 6<sup>th</sup> of 2001 (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 128.

<sup>118</sup> Pronunciando-se sobre a falta destes requisitos, o TIDH observou que: “*(...) there is no evidence or argument to confirm that the precautionary measure (...) was based on reasons of public utility or social interest (...)*”, bem como “*(...) there is no indication that Mr. Ivcher has been compensated for the deprivation of the enjoyment and use of his property, or that the measure that affected him was adopted according to the law*”, considerando que: “*(...) the deprivation of the use and enjoyment of Mr. Ivcher’s rights relating to his shares in the Company was inappropriate, and this Court considers that it was arbitrary, and, therefore, not in accordance with the provisions of Article 21 of the*



conceito e requisito, ultrapassa, na perspectiva do TIDH, a mera consagração normativa, *i.e.*, estende-se além da mera formalidade, abarcando também garantias e direitos processuais. É nesta base que assenta o “*procedimento equitativo*”, enquanto requisito da privação do direito de propriedade.

Neste sentido, o TIDH, nos casos “*Five Pensioners v. Peru*”<sup>119</sup> e *Salvador Chiriboga v. Ecuador*<sup>120</sup>, veio acrescentar que os Estados-Partes devem notificar e ouvir previamente os titulares dos bens em causa, garantindo-lhes a oportunidade de se pronunciarem perante um tribunal independente e imparcial. Na leitura estabelecida por este Tribunal, as âmbito das garantias judiciais – enunciadas no artigo 8.º da Convenção Interamericana –, o direito de propriedade e o direito à proteção judicial – previsto no artigo 25.º da Convenção Interamericana – estão interconectados, razão pela qual o tribunal os deve considerar conjuntamente<sup>121</sup>.

De igual forma, no caso *Chaparro Álvarez and Lapo Ñíñez v. Ecuador*, o Tribunal lançou importantes premissas no respeitante à interconectividade daqueles direitos e garantias. Atendendo às medidas tomadas por uma entidade peruana de combate ao tráfico de narcóticos – CONSEP (*Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*) –, que importaram a interferência e a privação temporária da propriedade os peticionários, o TIDH observou que, além da base legal existente e do carácter preventivo das medidas, as mesmas adequavam-se com os direitos e garantias dos peticionários, entre os quais a presunção de inocência<sup>122</sup>. Mais, o Tribunal considerou justificadas a adoção de tais medidas, tendo em consideração a necessidade de efetivar o

---

*Convention*”. Cf. *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Judgment of February 6<sup>th</sup> of 2001 (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 129.

<sup>119</sup> Cf. *Case of the “Five Pensioners” v. Peru*, Judgment of February 28<sup>th</sup> of 2003 (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights.

<sup>120</sup> Cf. *Case of Salvador Chiriboga v. Ecuador*, Judgment of May 6<sup>th</sup> of 2008 (Preliminary Objection and Merits), Inter-American Court of Human Rights.

<sup>121</sup> No Caso *Salvador Chiriboga v. Ecuador*, o TIDH pronunciou-se sobre a questão, deixando explícito: “*Since the facts related to the rights enshrined in such articles are interconnected between each other, the Court shall analyze them as a whole. In this way, the alleged violations of articles 8 and 25 of the Convention shall be assessed upon determining the requirements of Article 21 thereof.*” Cf. *Case of Salvador Chiriboga v. Ecuador*, Judgment of May 6<sup>th</sup> of 2008 (Preliminary Objection and Merits), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 49.

<sup>122</sup> Cf. *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Ñíñez v. Ecuador*, Judgment of November 21<sup>st</sup> of 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 186.

processo de investigação, o pagamento das sanções pecuniárias, ou para evitar a perda ou destruição das provas, sem que nenhum outro tipo de medida menos restritiva possa ter sido adotado<sup>123</sup>.

Ao proceder-se à aplicação deste tipo de medidas, o TIDH considerou que se devem observar as seguintes regras: *i)* a interferência no direito de propriedade deve realizar-se no mínimo indispensável ao seu propósito, considerando em particular a duração e os danos que eventualmente possam causar aos bens apreendidos<sup>124</sup>; *ii)* as restrições a este direito devem ser judicialmente impostas e supervisionadas<sup>125</sup>; *iii)* ao adotar medidas que restrinjam o direito de propriedade, as autoridades nacionais estão obrigadas a fundamentar a adequação de tais medidas, nomeadamente, demonstrando que existe uma grande probabilidade e provas suficientes que possam relacionar os bens com os crimes em cuja investigação criminal assenta<sup>126</sup>.

Uma vez que a privação constitui o tipo mais grave de interferência no direito de propriedade, o TIDH tem vindo a estabelecer uma orientação jurisprudencial – como se viu –, fortemente centrada não só na legalidade e no dano mínimo, mas também nas garantias processuais dos titulares dos bens afetados.

### 3.2.2. Breves Considerações

Da análise que agora se encerra, podemos retirar algumas conclusões, ainda que gerais. Em primeiro lugar, e quanto ao escopo do direito de propriedade, verificar-se que, embora no seu plano temporal a proteção conferida pela Convenção Interamericana somente abarque os casos posteriores à aceitação da

---

<sup>123</sup> Cf. *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Judgment of November 21<sup>st</sup> of 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 188.

<sup>124</sup> Cf. *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Judgment of November 21<sup>st</sup> of 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafos 188, 204 e 209.

<sup>125</sup> Cf. *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Judgment of November 21<sup>st</sup> of 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 188.

<sup>126</sup> Ou como refere o TIDH, “*This requires them to clarify the “fumus boni iuris,” in other words, that there are sufficient probabilities and evidence that the property was really involved in the offense*”. Cf. *Case of Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador*, Judgment of November 21<sup>st</sup> of 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Inter-American Court of Human Rights, parágrafo 197.

jurisdição do TIDH, verificam-se certas exceções, como é exemplo os casos que envolvam uma violação contínua deste direito. Quanto ao escopo territorial do direito de propriedade, ficou assente que este tem um carácter extraterritorial, vinculando o Estado-Parte da Convenção – que tenha aceite a jurisdição do TIDH – ao seu respeito em todos os lugares onde este exerça poderes de autoridade, ainda que tais poderes ultrapassem o seu limite territorial. Por fim, no plano substantivo, verifica-se que a propriedade abarca uma noção ampla e diversificada de bens e posições jurídicas conexas com a propriedade, como seja o direito de ação *in personam* ou *in rem*.

Quanto às restrições ao direito de propriedade, vimos que estas se materializam em limitações ao uso e gozo dos bens dos indivíduos – conforme o n.º 1 do artigo 21.º – ou na privação da propriedade no seu todo, *i.e.*, referente a determinado bem ou conjunto de bens – n.º 2 do artigo 21.º. Ambas as restrições partilham de dois requisitos comuns: a necessidade de uma base legal que justifique a interferência no direito de propriedade e o fim último de cumprir determinado interesse social ou de cumprir uma utilidade pública, quando esse interesse ou utilidade relevem mais que o direito de propriedade. A privação da propriedade, enquanto interferência de maior intensidade, estabelece um outro requisito, o pagamento de uma indemnização justa, como forma de compensação. Além disso, e conforme observámos, a *legalidade* deste tipo de privação está interconectado com determinadas garantias judiciais – artigo 8.º – e certos direitos judiciais – artigo 25.º.

Por último, à semelhança do que referimos relativamente ao Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos, é de notar que persiste, no Sistema Interamericano, uma forte influência de outros sistemas regionais de proteção de direitos humanos, sobretudo do Conselho da Europa.

Com efeito, e atendendo aos casos da jurisprudência do TIDH, analisados no decurso desta breve exposição, é usual encontrarem-se referências ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Esta aproximação – consideramos – é benéfica, na medida em que cria um conteúdo minimamente standardizado, ultrapassando não só as eventuais incertezas criadas pela ausência da previsão do direito de

propriedade nos Pactos Internacionais, e possibilitando afirmar o direito de propriedade, enquanto direito humano.

#### **4. O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos**

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos possui peculiares características que importam a sua especial consideração, não apenas porque ser o cerne do nosso estudo, mas também porque é constituído por uma proteção multinível dentro do seu próprio círculo.

Efetivamente, a singularidade do Sistema Europeu reside no facto de se constituir sob a égide de duas organizações internacionais, uma de tipo regional, outra que tem uma configuração *sui generis*, às quais se coadunam as Constituições dos vários Estados europeus. Referimo-nos evidentemente ao Conselho da Europa, enquanto organização intergovernamental regional, e à União Europeia, uma organização internacional, representada por uma associação de Estados-membros unidos económica e politicamente<sup>127</sup>.

Diversas na sua essência, mas coerentes e alinhadas quanto à proteção dos direitos humanos, as duas organizações são parte integrante do Sistema Europeu. Esta convivência coloca lado a lado, instituições que, baseadas em diferentes instrumentos jurídicos, tutelam e fazem respeitar os direitos humanos.

No âmbito do Conselho da Europa, a proteção dos direitos humanos é efetivada pela Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – usualmente mencionada como Convenção Europeia

---

<sup>127</sup> A qualificação da natureza jurídica da União Europeia é controversa e apresenta-se como discutível. Há, entre a doutrina internacionalista, quem, como John Pinder considere que a União Europeia é uma confederação, quem, como Giandomenico Majone, considere que a União compartilha características de uma Federação de Estados, outros como Robert Schütze, opte por referir-se à União como uma instituição *sui generis*, ou ainda quem, preferindo a posição de autores como Maria Luísa Duarte qualifiquem a União Europeia como uma associação de Estados. Cf. respetivamente, John Pinder, (2010), *Federal democracy in a federal Europe*, in *Federal Democracies*, edited by Michael Burgess and Alain-G. Gagnon, Routledge, Abingdon, Oxon, pág. 251; Giandomenico Majone, (2006), *Federation, Confederation, and Mixed Government: A EU-US Comparison*, in *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, edited by Menon, Anand; Schain, Martin A., Oxford, págs. 121 – 148; Robert Schütze, (2012), *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, págs. 47 a 79; Maria Luísa Duarte, (2011), *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, págs. 35 a 37.

dos Direitos do Homem (doravante, CEDH) –, e pela Carta Social Europeia. A par destes dois instrumentos jurídico-internacionais, a proteção dos direitos humanos é grandemente impulsionada através da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – doravante, TEDH ou Tribunal.

No seio da União Europeia, a proteção dada aos direitos humanos tem por base – ainda que de modo genérico – o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e o Tratado da União Europeia e, em especial, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cuja competência jurisdicional é assumida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Considerando a diversidade de instrumentos jurídicos e de órgãos institucionais que atuam no domínio da proteção dos direitos humanos na Europa, consideramos útil e oportuno estender a nossa análise, sem nunca perder de vista aquilo que nos verdadeiramente ocupa neste estudo: o direito de propriedade.

#### **4.1. O Conselho da Europa**

O Conselho da Europa constitui o primeiro vértice do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. Esta é a mais antiga organização europeia que atualmente se mantém em funções, realizando os propósitos para que foi edificada. O seu impulso constitutivo foi dado, na ordem política, por Wilson Churchill, que, em 1943, proclamava a necessidade de constituir uma organização europeia semelhante à Organização das Nações Unidas<sup>128</sup>. Enquanto Organização Intergovernamental Regional, o Conselho da Europa foi instituído pelo Tratado de Londres de 1949, sendo seus signatários originais a Bélgica, a Dinamarca, a França, a Itália, o Luxemburgo, a Holanda, a Noruega, a Suécia, e o Reino Unido, aos quais se juntaram, posteriormente, trinte e sete outros Estados-parte<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Neste sentido, Irineu Cabral Barreto, (2015), *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, pág. 12.

<sup>129</sup> Além dos Estados-parte, estão no Conselho da Europa 8 outros Estados na qualidade de observadores, 5 deles no Conselho e os demais na Assembleia Parlamentar. São Estados Observadores junto do Conselho os Estados Unidos da América, o Canadá, a Santa Sé, o Japão, e o México

Assente no respeito e defesa dos Direitos Humanos, da Democracia e do Estado de Direito, o Conselho da Europa corporizou a sua atuação na atividade daqueles que são os seus órgãos constitutivos, dos quais fazem parte o Comité de Ministros e a Assembleia Consultiva, ambos assistidos pelo Secretariado, a que preside o Secretário-Geral<sup>130</sup>.

O Comité de Ministros é composto por um representante de cada Estado-membro<sup>131</sup>, cabendo-lhe a função primordial de atuar em nome do Conselho da Europa. Em conformidade com os artigos 15.º e 16.º do Estatuto do Conselho da Europa<sup>132</sup>, o Comité de Ministros tem autoridade para concluir convenções, ou acordos, e fazer recomendações aos Estados-membros que visem a adoção de uma política comum em determinadas matérias.

Ainda à luz do disposto nos artigos supramencionados, compete a este órgão decidir sobre todas as matérias relativas à organização e aos assuntos internos do Conselho da Europa, tendo tais decisões efeito obrigatório<sup>133</sup>. Ao Comité de Ministros, compete igualmente intervir no âmbito das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (artigo 46.º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) dando-lhes executoriedade.

Por seu turno, a Assembleia Parlamentar é composta por representantes eleitos – vulgo, deputados –, em cada Estado-membro, distribuídos segundo um critério demográfico, resultando numa variação na sua composição<sup>134</sup>. A Assembleia Parlamentar é, na terminologia do artigo 22.º do Estatuto do Conselho da Europa, o órgão deliberativo por excelência, decidindo e formulando recomendações ao Comité de Ministros sobre qualquer questão que se contenha com os objetivos ou competências do Conselho da Europa. Relativamente aos outros órgãos, a Assembleia Parlamentar desempenha importantes funções, entre

---

<sup>130</sup> Com um mandato de 5 anos, renovado a 24 de junho de 2014, Thorbjørn Jagland é atualmente o Secretário-Geral do Conselho da Europa.

<sup>131</sup> São representantes dos Estados-membros os seus Ministros dos Negócios Estrangeiros ou os seus substitutos.

<sup>132</sup> O Tratado foi adotado em Londres, a 5 de maio de 1949, entrando em vigor na ordem internacional, a 3 de agosto de 1949.

<sup>133</sup> Considera o autor James W. Hart que, por este motivo, o Comité de Ministros “(...) *has an executive function similar to that of a prime minister or president*”. Cf. Hart, J.W. (2010), *The European Human Rights System*, 102 Law Libr. J. 533, pag. 536.

<sup>134</sup> Nos termos do artigo 26.º do Estatuto do Conselho da Europa, França, Alemanha, Itália, Rússia, e Reino Unido têm 18 representantes sitos na Assembleia Parlamentar.

as quais se englobam a eleição do Secretário-Geral, a eleição dos juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e dos membros do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura.

O Secretariado é composto por um Secretário-Geral e por um Secretário-Geral Adjunto, ambos eleitos pela Assembleia Parlamentar. Este órgão é ainda auxiliado por um corpo administrativo de funcionários e técnicos. O Secretariado é o órgão executivo da Organização, tendo como principais funções o planeamento estratégico e a execução das políticas do Conselho da Europa. Atento ao contexto específico dos Direitos Humanos, o Secretariado, através do Secretário-Geral, promove a proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos, solicitando aos Estados-membros, quando tal se revele necessário, a prestação de esclarecimentos pertinentes sobre a forma como o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>135</sup>.

A par destes órgãos, influem na atividade do Conselho da Europa outros órgãos que, pela sua importância, mais se destacam. São disso exemplo, o Comissário para os Direitos Humanos<sup>136</sup>, o Congresso dos Poderes Locais e Regionais<sup>137</sup>, e a Conferência das Organizações Não Governamentais<sup>138</sup>.

Enquanto órgão independente e não judicial, o Comissário para os Direitos Humanos atua, desde 1997, em prole da promoção e sensibilização para os Direitos Humanos no seio dos Estados-membros. Examinando e denunciando as violações dos Direitos Humanos, este órgão – presentemente assumido por Nils Muižnieks – emite recomendações ou pareceres dirigidos aos Estados-membros,

---

<sup>135</sup> Vide artigo 52.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

<sup>136</sup> O Comissário para os Direitos Humanos, enquanto órgão, foi criado através da Resolução (99) 50, adotada a 7 de maio de 1999, pelo Comité de Ministros, reunido na sua 104.ª sessão. Cf. Resolution (99) 50, on the Council of Europe commissioner for human rights (adopted by the Committee of Ministers on May 7<sup>th</sup> of 1999 at its 104<sup>th</sup> Session)

<sup>137</sup> O Congresso dos Poderes Locais e Regionais foi criado através da Resolução Estatutária (94) 3, adotada a 14 de janeiro de 1994, pelo Comité de Ministros, reunido na sua 506ª sessão. Cf. Statutory Resolution (94) 3 of the Committee of Ministers relating to the setting up of the Congress of Local and Regional Authorities of Europe (January 14<sup>th</sup> of 1994).

<sup>138</sup> A Conferência das Organizações Não Governamentais foi instituída pela Resolução (72) 35 de 16 de outubro de 1972, aquando da 241.ª sessão do Comité de Ministros. Cf. Resolution (72) 35, on relations between the Council of Europe and International Non-governmental Organisations rules for consultative status (Adopted by the Committee of Ministers on October 16<sup>th</sup> of 1972 at the 214<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies).

atendendo às eventuais insuficiências das normas internas dos Estados em relação às disposições da Convenção Europeia.

O Congresso dos Poderes Locais e Regionais representa as autoridades locais e regionais dos 47 Estados-membros do Conselho da Europa. A sua atividade é essencialmente consultiva. Porém, são atribuições suas a promoção e aperfeiçoamento da governação a nível local e regional, com particular ênfase no reforço da autonomia local e regional e na cooperação transfronteiriça entre as cidades e as regiões. No respeitante às eleições municipais e das regiões autónomas, este órgão acompanha e supervisiona todo o seu processo, zelando concomitantemente pela implementação da Carta Europeia do Autogoverno Local (*European Charter of Local Self-Government*).

A Conferência das Organizações Não Governamentais é um órgão consultivo, composto por mais de quatro centenas de organizações não governamentais internacionais, cujo ímpeto funda-se na representação da sociedade civil junto do Conselho Europeu.

Sem olvidar a referência, a estrutura orgânica do Conselho da Europa estende-se para lá da atividade destes órgãos. Do Conselho da Europa fazem ainda parte a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância<sup>139</sup>, o Comité Europeu dos Direitos Sociais<sup>140</sup> e o Comité para a Prevenção da Tortura<sup>141</sup>.

Todos estes órgãos atuam, com maior ou menor intensidade, na proteção dos direitos humanos, fazendo com que o Conselho da Europa seja a organização internacional de referência quanto a tal matéria.

---

<sup>139</sup> Criado em 1993, este é um órgão de monitorização independente, cuja atividade se realça no combate ao racismo, à discriminação racial, xenofobia, antissemitismo e intolerância. Além de acompanhar tais fenómenos, esta comissão elabora relatórios e recomendações, e desenvolve atividades de cooperação entre Estados-membros e outras entidades.

<sup>140</sup> Este órgão monitoriza a aplicação das disposições da Carta Social Europeia, sobretudo naquilo que respeita à atuação dos Estados-membros. Compete-lhe ainda analisar os relatórios bienais apresentados pelos Estados-membros e apreciar as queixas coletivas, adotando posteriormente uma decisão relativa à queixa.

<sup>141</sup> Este comité foi criado pela Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, cabendo-lhe acompanhar a atuação dos Estados-parte no que diz respeito aos locais de detenção nos quais os Estados-parte exerçam a sua jurisdição. Tendo em vista a prevenção da tortura e dos maus tratados, este comité formula recomendações que depois dirige aos Estados-parte.



A par destes órgãos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – a que nos referimos adiante – apresenta-se como o grande motor desta organização. Através da sua jurisprudência, o Tribunal tem atuado como garante dos indivíduos face à atuação dos Estados. O seu contributo vai além do plano europeu e, como *supra* se observou, este tribunal é referência para os demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Veremos de seguida, como surgiu e como se estrutura o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, enquanto garantia da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, em particular, prendemos a nossa análise no seu entendimento jurisprudencial relativamente ao direito de propriedade.

#### 4.1.1. A Convenção Europeia Dos Direitos do Homem

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – CEDH – foi adotada em Roma, a 4 de novembro de 1950, entrando em vigor na ordem jurídica internacional a 3 de setembro de 1953, em conformidade com o seu artigo 59.º, n.º 2.

A CEDH representa um marco histórico, tanto a nível regional como internacional, não apenas porque é um verdadeiro tratado de direitos humanos, mas também porque foi o primeiro texto que permitiu ao indivíduo o acesso a uma instância internacional para garantir a defesa dos seus direitos contra o Estado<sup>142</sup>. Subsequente à Declaração Universal dos Direitos do Homem, dela demarca-se quanto ao seu âmbito territorial de aplicação e por ser mais do que uma mera proclamação de direitos, revestindo a forma jurídica de um tratado internacional, o qual se torna vinculativo para os Estados que dele se tornam parte<sup>143</sup>. Enquanto tratado de direitos humanos, a CEDH dispunha originalmente – como ainda hoje sucede –, de um preâmbulo, ao qual se seguia um elenco de direitos e de garantias processuais civis e penais<sup>144</sup>, instituindo dois importantes órgãos, responsáveis

---

<sup>142</sup> Do mesmo modo, consulte MIRANDA, Jorge (2009), *Curso de Direito Internacional*, 4.ª Edição, Principia, Cascais, p. 308; HART, James W. (2010), *The European Human Rights System*, 102 Law Libr. J. 533, p. 537.

<sup>143</sup> O que importa a sua consideração à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

<sup>144</sup> Conforme refere Jorge Miranda, em 1995 estavam elencados o direito à vida; a proibição de tortura e de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes; a proibição de escravatura, de servidão e de trabalho forçado; o direito à liberdade e à segurança; certas garantias de processo

por zelar pela correta aplicação da Convenção: a Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Ao longo das suas várias décadas de existência, a CEDH veio a ser complementada por um total de 14 protocolos adicionais, os quais ora acrescentaram direitos ao role inicial, ora dispõem sobre matérias processuais ou relativas à sua estrutura organizacional. Sem descorar os demais, interessamo-nos particularmente os protocolos os protocolos n.º 1 e n.º 11, os quais consagraram o direito de propriedade – Protocolo Adicional n.º 1<sup>145</sup> – e tornaram obrigatória a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para receber as queixas apresentadas pelos Estados-parte, bem como para receber petições individuais – Protocolo Adicional n.º 11<sup>146</sup>. Sendo parte do objeto central do tema desta dissertação, a eles retornaremos adiante.

Quanto à estruturação orgânica da CEDH, verificamos que, originalmente, esta compunha-se sobre dois órgãos: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – doravante, TEDH. Ao primeiro destes órgãos competia a realização dos inquéritos, da conciliação, e dos exames das petições e queixas dos particulares. Os processos somente eram submetidos à apreciação do TEDH por impulso da Comissão ou de um Estado. Atualmente, considerando com especial relevo as alterações efetuadas pelos Protocolos Adicionais n.º 11 e n.º 14, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem detém o monopólio processual.

O protocolo n.º 11, a que anteriormente nos referimos, descontinuou as funções da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, atribuindo-as ao TEDH. Durante o período de vigência deste protocolo (1998 a 2009), que substituiu os artigos 19 a 56 da CEDH, o TEDH assumiu funções a título permanente; tornou-se

---

civil e de processo criminal; a não retroatividade da lei penal; a inviolabilidade da vida privada, do domicílio e da correspondência; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a liberdade de expressão, a liberdade de reunião, o direito de casamento, e o direito à tutela dos direitos. Cf. MIRANDA, Jorge (2009), *Curso de Direito Internacional*, 4.ª edição, Principia, Cascais, págs. 309 e 310.

<sup>145</sup> O Protocolo Adicional n.º 1 foi assinado a 20 de março de 1952, em Paris e entrou em vigor a 18 de março de 1954.

<sup>146</sup> O Protocolo Adicional n.º 11 foi assinado a 11 de maio de 1994, em Estrasburgo, e entrou em vigor em 1998.

responsável pelos processos de resolução amigável; as suas sentenças tornaram-se definitivas<sup>147</sup>; foi reestruturado, passando a compor-se por comités, secções e pelo tribunal pleno; e por fim, criou-se um órgão de apoio: a secretaria<sup>148</sup>.

Consequentemente, o processo de apreciação e de decisão relativos às petições apresentadas pelos indivíduos, ou referentes aos assuntos interestaduais, sofreram alterações significativas. Ao abrigo deste protocolo, a secretaria tornou-se a entidade competente para receber as petições, preparando-as para serem enviadas a um comité composto por três juízes. A este comité competia a tarefa de considerar a petição admissível ou não. Em caso de parecer positivo, o comité indagava se a questão que a petição levantava estava já contemplada na jurisprudência firmada pelo TEDH. Estando já contemplada na jurisprudência do TEDH, o Comité emitia decisão quanto à admissibilidade e quanto ao mérito da causa, sendo a sua decisão final. Não se observando caso semelhante na jurisprudência anteriormente produzida, o caso seguia para uma secção composta por sete juízes, os quais examinavam novamente pela admissibilidade.

A ser admissível, a secção poderia ainda devolver a decisão do litígio ao tribunal pleno, salvo oposição de uma das partes, quando o assunto pendente levantasse uma questão grave quanto à interpretação da CEDH e dos seus protocolos, ou se tal assunto poderia conduzir a uma contradição com uma sentença anterior do TEDH. Pelo contrário, se o litígio não fosse devolvido ao tribunal pleno, a secção analisava e pronunciava-se definitivamente sobre a causa, exceto se uma das partes requeresse a intervenção daquele tribunal dentro dos três meses posteriores à decisão da Secção.

Em todos os casos – quando o assunto levanta uma questão grave quanto à CEDH ou quanto aos Protocolos; quando o assunto podesse levar a uma contradição jurisprudencial; ou ainda quando uma das partes requeira posterior intervenção – competia ao tribunal pleno pronunciar-se sobre o litígio. Este tribunal, composto por dezassete juízes, decidiria então sobre o caso, sobre a reparação razoável em caso de violação cometida por um Estado-parte,

---

<sup>147</sup> Terá contribuído para esta solução a abolição do recurso das petições individuais para o Comité dos Ministros.

<sup>148</sup> Em igual sentido, *vide* HART, James W. (2010), *The European Human Rights System*, 102 Law Libr. J. 533, p. 545.

comunicando a sua decisão ao Comité de Ministros, visando conferir executoriedade à decisão. Neste último cenário, o Comité poderia adotar uma resolução que contemple reforçar o entendimento do TEDH, nela requerendo ao Estado-parte que acatasse a decisão judicial, alterando, se necessário, o seu direito interno. Se, ainda assim, o Estado-parte não observasse o conteúdo da decisão do TEDH ou da resolução do Comité de Ministros, este órgão poderia tornar público o conteúdo dessa resolução, impelindo o Estado-parte a observá-la.

A partir de 1 de junho 2010, com a entrada em vigor do protocolo n.º 14, a lógica processual perante o TEDH sofreu, novamente, algumas modificações face àquilo que anteriormente se dispunha, como vimos, no protocolo n.º 11. À luz do novo esquema procedimental da CEDH, a competência inicial para declarar a admissibilidade de uma petição pertence ao juiz singular, nos termos do, reformulado, artigo 27.º da CEDH, sendo definitiva a sua decisão<sup>149</sup>. Quando admitida inicialmente pelo juiz singular, a petição é transmitida para um comité ou para uma secção para posterior apreciação<sup>150</sup>. Quando a petição chega ao comité, os juízes podem decidir pela sua admissibilidade, e no caso do litígio incidir sobre a interpretação CEDH, podem igualmente proferir sentença quanto ao fundo da questão<sup>151</sup>. Se proferidas por voto unânime, as decisões e sentenças do comité são definitivas.

Todavia, se a petição é dada como admissível pelo comité, mas não existe qualquer sentença do TEDH anterior que seja relativa à questão suscitada, compete às secções, nos termos do artigo 29.º da CEDH, pronunciarem-se quanto à admissibilidade e ao fundo da questão que figura na petição individual. Relativamente às petições estaduais, compete igualmente à secção pronunciar-se quanto à admissibilidade e quanto ao fundo da questão, sendo que quanto à sua admissibilidade, a decisão é tomada em separado<sup>152</sup>. O assunto transita para o tribunal pleno quando, não obstante da admissibilidade da petição, se levanta uma

---

<sup>149</sup> Conforme refere James Hart relativamente à apreciação singular da petição, *"This is intended to release the manpower that is currently tied up by having committees of three judges examine applications for admissibility"*. Vide HART, James W. (2010), *The European Human Rights System*, 102 Law Libr. J. 533, p. 548.

<sup>150</sup> Vide artigo 27.º, n.º 3 da CEDH.

<sup>151</sup> Vide artigo 28.º, n.º 1, alínea b) da CEDH.

<sup>152</sup> Vide artigo 29.º n.º 1 quanto às petições individuais, e artigo 29.º n.º 2 quanto às petições estaduais.

questão grave quanto à interpretação da CEDH ou dos seus protocolos, ou quando a solução do litígio possa conduzir a uma contradição de uma sentença já proferidas pelo TEDH<sup>153</sup>.

Daí em diante, o protocolo adicional n.º 14 retoma o sentido do protocolo n.º 11, em concreto quando o assunto transita para o tribunal pleno, cabe a este decidir sobre o caso e sobre a reparação razoável, se ela tiver lugar, comunicando a sua decisão ao Comité de Ministros, ao qual compete conferir executóriedade à sentença do TEDH.

O protocolo n.º 14 veio igualmente a permitir que o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa pudesse participar em qualquer assunto pendente numa secção ou no tribunal pleno, onde pode formular observações por escrito e participar em audiências<sup>154</sup>.

Considerando que a promoção dos direitos humanos nos Estados-parte do Conselho da Europa é da competência do Comissário, a sua posição é reforçada. Através da participação nas secções ou no tribunal pleno, o papel do Comissário ganhe maior relevo, legitimidade, e autoridade perante os Estados-parte, o que se poderá vir a traduzir num maior reforço da proteção dos direitos humanos, uma vez que o Comissário transformar-se-á numa “voz a escutar”<sup>155</sup>.

Uma das principais alterações introduzidas pelo Protocolo n.º 14, diz respeito à possibilidade União Europeia vir a aderir à CEDH. Mais que uma mera provisão, tal possibilidade – aberta pelo artigo 59.º, n.º 2 da CEDH em conjugação com o previsto no artigo 6.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia – levanta algumas questões, entre as quais, a coordenação a estabelecer entre o TEDH e o Tribunal de Justiça da União Europeia – doravante, TJUE –; o modo como a União Europeia participará nos órgãos do Conselho da Europa; a participação da União Europeia nas despesas de funcionamento das instituições da CEDH; a articulação dos catálogos de direitos; a adesão aos protocolos adicionais da CEDH; a admissão de reservas; a legitimidade processual da União Europeia, em especial, o processo de

---

<sup>153</sup> Vide artigo 30.º da CEDH.

<sup>154</sup> Vide artigo 36.º da CEDH.

<sup>155</sup> Em igual sentido, vide HART, James W. (2010), *The European Human Rights System*, 102 Law Libr. J. 533, p. 550.

co-demanda; entre outras questões, que adiante, procuramos de forma sucinta analisar.

É importante referir que a jurisprudência do TEDH contribui em larga escala para a efetiva proteção dos direitos humanos no seio do Conselho da Europa e para o próprio sistema europeu. O desenvolvimento da jurisprudência do TEDH não só reflete e põe a descoberto o escopo dos vários direitos catalogados na CEDH, como lhes dá uma nova dimensão e entendimento, fruto do avançar dos tempos e das novas realidades.

Por esses motivos, a análise ao direito de propriedade, que a seguir se realiza, não poderia deixar de se basear neste desenvolvimento jurisprudencial. Interessa-nos compreender o regime do direito de propriedade em toda a sua extensão, por isso lançamos mão, primordialmente, à posição jurisprudencial do TEDH, sufragando por aquela que entendemos ser a forma mais correta de analisar o direito de propriedade, sem que tal nos impeça de tecer as nossas próprias considerações.

#### **4.1.1.1. O Direito de Propriedade - Artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH**

O direito de propriedade encontra-se consagrado no Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH, de 4 de novembro de 1950. Embora este protocolo seja contemporâneo à própria CEDH, – entrando em vigor na ordem jurídica em 1954 –, o direito de propriedade não foi consagrado no role original de direitos que nela se fixaram.

A CEDH, enquanto instrumento de direito internacional, objetivou primeiramente por se conceber enquanto mecanismo de garantia dos indivíduos e dos seus direitos, face às ditaduras assolaram a Europa em meados do século XX<sup>156</sup>. A criação deste catálogo de direitos, serviria, utilizando as palavras do Conselho da

---

<sup>156</sup> Recordar-se, em Portugal, o período ditatorial, de 1926 (com o Golpe de 28 de maio) a 1933, e o período do Estado Novo, que durou interruptamente 41 anos; na Itália, o período de 1922 a 1943; na Alemanha, o domínio do nazismo durante os anos de 1933 a 1945; em Espanha, os períodos de 1923 e 1930 e, mais tarde, com Francisco Franco, os períodos de 1939 a 1975; em França, com o Marechal Pétain, o período de 1940 a 1944; etc.

Europa, “(...) as a detector of totalitarian tendencies in any of the member states, alerting the other states and enabling them to react in a timely fashion”<sup>157</sup>.

Da leitura do preâmbulo, retira-se igualmente tal conclusão, pois a CEDH fundou-se, de facto, na convicção de que a proteção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais é o meio adequado para se alcançar uma união mais estreita entre os seus membros – parágrafo 3.º do preâmbulo – e que tal união somente se realiza com apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz do mundo, cuja preservação repousa, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa conceção comum e no comum respeito dos direitos do homem – parágrafo 4.º do preâmbulo.

Na linha ideológica dos autores da CEDH, o direito de propriedade incluir-se-ia inevitavelmente no role original direitos e as liberdades fundamentais ali previstos, atentando sobretudo no contributo que o património representa para a liberdade dos indivíduos<sup>158</sup>. Todavia a inclusão do direito de propriedade da CEDH somente foi possível através de um protocolo adicional. As preocupações relativas aos entraves que a consagração do direito de propriedade poderia colocar aos programas de expropriação e nacionalização de certas indústrias – através das quais se pretendiam alcançar determinados fins políticos e sociais específicos –, e que foram manifestadas pelo Reino Unido e pela Suécia, do grupo de especialistas criado pelo Comité de Ministros, mesmo antes da submissão do texto da CEDH, ditaram o afastamento deste direito do role original de direitos e liberdades consagrados na CEDH<sup>159</sup>. Mesmo entre os membros da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, a consagração do direito de propriedade no texto original da CEDH não foi consensual<sup>160</sup>. No intuito de ultrapassar o obstáculo criado, e por forma a melhor proteger o indivíduo face às arbitrariedades dos Estados, o Comité

---

<sup>157</sup> Cf. Echr-Info, *The right to property – Introduction*. Disponível em <http://echr-online.info/right-to-property-article-1-of-protocol-1-to-the-echr/introduction/>, acedido em 09/01/2016.

<sup>158</sup> Idem.

<sup>159</sup> Idem. Vide igualmente: CARSS-FRISK, Monica, (2003), *The right to property – A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks, No. 4, Council of Europe, pp. 5 e 6.

<sup>160</sup> Parte da doutrina não poupou nas críticas que fez quanto à consagração do direito de propriedade num instrumento posterior à CEDH. Neste sentido, Cf. QUADROS, Fausto de (1998), *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, 1.ª Ed., Edições Almedina, Coimbra, pp. 168 e 169.

de Ministros encarregou um grupo de especialistas de elaborar um projeto, no qual a proteção efetiva ao direito de propriedade fosse providenciada.

Deste projeto emergiu o Protocolo Adicional n.º 1, assinado em Paris, a 20 de março de 1952, onde o direito de propriedade e as garantias a ele associadas, ficaram firmadas no artigo 1.º, o qual dispõe que: *“Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem-se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas”*.

Embora o direito de propriedade se encontre consagrado num protocolo anexo à CEDH, a sua importância não é diminuta. De entre os vários direitos consagrados no âmbito da CEDH e seus protocolos, o direito de propriedade encontra-se entre os cinco primeiros direitos e liberdades que mais conformam a jurisprudência do TEDH, somente antecedido pelo Direito a um Processo Equitativo – artigo 6.º da CEDH; pelo Direito a um Recurso Efetivo – artigo 13.º da CEDH; pela Proibição de Tortura – artigo 3.º da CEDH; e pelo Direito à Liberdade e Segurança – artigo 5.º da CEDH<sup>161</sup>. De entre os 823 julgamentos realizados pelo TEDH durante o ano de 2015, 94 respeitavam ao direito de propriedade, resultando num volume processual de aproximadamente 11% de todos os casos julgados<sup>162</sup>.

#### 4.1.1.1.1. Escopo do direito de Propriedade

Como vimos, o artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1 da CEDH estabelece primeiramente que *“Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens”*. Corretamente definido, o disposto neste artigo mitiga o

---

<sup>161</sup> Segundo os dados estatísticos referentes às decisões do TEDH, durante o ano 2015. Disponível para consulta em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_2015\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2015_ENG.pdf), acedido a 09/01/2016.

<sup>162</sup> Idem.



antagonismo entre o “*direito de propriedade*” e o “*direito à propriedade*”. Não se trata de um mero preciosismo. Efetivamente, é substancial a diferença entre o direito ao usufruto pacífico da propriedade de que dispõe qualquer pessoa – singular ou coletiva –, e o direito dessas mesmas pessoas a adquirir bens<sup>163</sup>. No mero plano interpretativo, a consagração de um “*direito a adquirir*” levantaria uma série de questões conceptuais, desde logo, colocando a questão de saber qual a “entidade garantística” perante a qual se poderia fazer valer um direito “a adquirir”.

Se dúvidas houvesse quanto àquilo que se pretende acautelar através do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, o TEDH clarificou-o no caso *Marckx v. Belgium*<sup>164</sup> – o primeiro caso respeitante à propriedade julgado pelo Tribunal de Estrasburgo – quando considerou que se consagra um direito de propriedade e não um direito a adquirir propriedade. Na sua explanação, o TEDH refere que as expressões contidas no artigo – na versão em língua inglesa, “*possessions*” e “*use of property*” –, bem como o texto do projeto que deu origem ao Protocolo n.º 1, consagram de forma inequívoca o direito de propriedade e não um direito a adquirir propriedade. Conclui o Tribunal que: “(...) *the right to dispose of one's property constitutes a traditional and fundamental aspect of the right of property*”<sup>165</sup>. Acrescenta o Tribunal que o artigo n.º 1 do Protocolo n.º 1, “(...) *does no more than enshrine the right of everyone to the peaceful enjoyment of "his" possessions, that consequently it applies only to a person's existing possessions and that it does not guarantee the right to acquire possessions*”<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Em inglês, opõem-se os termos *right to property* e *right of property*.

<sup>164</sup> Cf. *Marckx v. Belgium*, Appl. No. 6833/74, Council of Europe: European Court of Human Rights, April 27<sup>th</sup> of 1979, disponível em; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534>, acedido a 09/01/2016.

<sup>165</sup> Pode ler-se no parágrafo 63 do caso *Marckx v. Belgium*, 6833/74: “*By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 (P1-1) is in substance guaranteeing the right of property. This is the clear impression left by the words "possessions" and "use of property" (in French: "biens", "propriété", "usage des biens"); the "travaux préparatoires", for their part, confirm this unequivocally: the drafters continually spoke of "right of property" or "right to property" to describe the subject-matter of the successive drafts which were the forerunners of the present Article 1 (P1-1). Indeed, the right to dispose of one's property constitutes a traditional and fundamental aspect of the right of property (Cf. The Handyside Judgment of December 7<sup>th</sup> of 1976, Series A no. 24, p. 29, para. 62)*”.

<sup>166</sup> Vide *Marckx v. Belgium*, 6833/74, Council of Europe: European Court of Human Rights, April 27<sup>th</sup> 1979, parágrafo 50.

Coevos com a abordagem tomada na análise aos anteriores sistemas regionais de proteção de direitos humanos, procuremos de seguida compreender as dimensões temporais, pessoais, territoriais, e substantivas do direito de propriedade, as quais são indispensáveis para uma ampla compreensão do escopo deste direito. Posteriormente traçaremos o regime das suas restrições e limitações, as quais nos importam particularmente.

#### 4.1.1.1.1. O Escopo Temporal

Através do escopo temporal procuramos determinar qual o momento exato em que o direito de propriedade, à semelhança dos demais, pode ser invocado perante o TEDH, e por este julgado, face à atuação ou uma omissão de um Estado-Parte da CEDH e seus Protocolos.

Em consonância com o disposto no artigo 28.º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, o TEDH afirmou já, no caso *Varnava and Others V. Turkey*, que, de acordo com as regras gerais do direito internacional, o disposto da CEDH não vincula os Estados-Parte, por atos ou factos, ou omissões, que tenham ocorrido anteriormente à data da entrada em vigor da CEDH relativamente a essa Parte<sup>167</sup>. Todavia, quando os atos ou omissões cometidas por um Estado-Parte, se constituam sobre uma base de continuidade, *i.e.*, quando um ato ou uma omissão, violadora do direito de propriedade, se inicie antes da entrada em vigor da CEDH e dos seus Protocolos para uma determinada Parte, e subsista após esse momento, o TEDH é jurisdicionalmente apto para julgar a questão<sup>168</sup>.

O caso *Karamitrov and Others v. Bulgaria* ilustra, com particular felicidade, aquilo que se acaba de afirmar. No vertente caso, o TEDH considerou que, apesar da restrição do direito de propriedade dos peticionários ter ocorrido em momento anterior ao da entrada em vigor da CEDH e do Protocolo n.º 1 para a Bulgária, o

---

<sup>167</sup> Cf. *Case of Varnava and Others v. Turkey*, Appl. nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 18<sup>th</sup> of 2009, parágrafo 130.

<sup>168</sup> Neste sentido, Cf. Kaiser, “Art.1 ZPI” para. 26; Loukaidēs, ECHR: Collected Essays, pp. 17 a 33; van Pachtenbeke and Haeck, “From De Becker to Varnava”, p. 49; White and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, pp. 87 e 88, *apud* Radha Ivory, (2014), *Corruption, Asset Recovery, ...*, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 144.

facto da violação apresentar-se como contínua, permanecendo após a entrada em vigor destes instrumentos para aquele Estado, torna a questão passível de ser analisada pelo TEDH<sup>169</sup>.

Através da sua jurisprudência, nomeadamente no caso *Blečić v. Croatia*<sup>170</sup>, o TEDH consolidou os princípios gerais que conformam a sua *rationes temporis*, dispondo que: i) a jurisdição temporal do TEDH é determinada a partir do momento em que os factos que constituem a alegada interferência no direito de propriedade ocorrem<sup>171</sup>; ii) quando o peticionário considere que um Estado haja violado um direito seu, tutelado pela CEDH, e tenha já recorrido às vias judiciais internas disponíveis, sem que uma solução adequada se tenha encontrado, e subsequentemente submeta a questão ao TEDH, analisar-se-á não a insuficiência da solução do tribunal interno, mas a própria interferência ao direito violado, a qual pode preceder de uma decisão judicial<sup>172</sup>; iii) quando a interferência num direito – incluindo o direito de propriedade – ocorre num momento anterior ao da ratificação da CEDH e dos seus Protocolos, e se verifique a insuficiência ou recusa de um tribunal interno em solucionar a situação depois dessa ratificação, tal interferência subtrai-se à jurisdição temporal do TEDH, porquanto, a ser doutra forma, haveria uma aplicação retroativa da CEDH, a qual conflituaria com a norma do artigo 28.º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados<sup>173</sup>; iv) qualquer

---

<sup>169</sup> Cf. *Case of Karamitrov and Others v. Bulgaria*, 53321/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 10<sup>th</sup> of 2008, parágrafos 71 e 72.

<sup>170</sup> Cf. *Case of Blečić v. Croatia*, 59532/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 29<sup>th</sup> of 2004, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-72688>, acedido a 10/01/2016.

<sup>171</sup> Refere o TEDH, no presente caso: “*It follows from the above case-law that the Court’s temporal jurisdiction is to be determined in relation to the facts constitutive of the alleged interference. The subsequent failure of remedies aimed at redressing that interference cannot bring it within the Court’s temporal jurisdiction*”. Cf. *Case of Blečić v. Croatia*, 59532/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 29<sup>th</sup> of 2004, parágrafo 77.

<sup>172</sup> Refere o TEDH, quanto a este segundo princípio geral: “*An applicant who considers that a State has violated his rights guaranteed under the Convention is usually expected to have resort first to the means of redress available to him under domestic law. If domestic remedies prove unsuccessful and the applicant subsequently applies to the Court, a possible violation of his rights under the Convention will not be caused by the refusal to remedy the interference, but by the interference itself, it being understood that this may be in the form of a court judgment*”. Cf. *Case of Blečić v. Croatia*, 59532/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 29<sup>th</sup> of 2004, parágrafo 78.

<sup>173</sup> Refere o TEDH: “*Therefore, in cases where the interference pre-dates ratification while the refusal to remedy it post-dates ratification, to retain the date of the latter act in determining the Court’s temporal jurisdiction would result in the Convention being binding for that State in relation to a fact that had taken place before the Convention came into force in respect of that State. However, this would be contrary to the general rule of non-retroactivity of treaties*”. Cf. *Case of Blečić v. Croatia*, 59532/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 29<sup>th</sup> of 2004, parágrafo 79.

tentativa de solucionar uma interferência com base na CEDH, que se reporte a um momento anterior ao da sua entrada em vigor, acarreta necessariamente uma aplicação retroativa da Convenção<sup>174</sup>; v) relativamente aos atos ou omissões anteriores à data de entrada em vigor da CEDH, não existe qualquer obrigação ou dever, para os Estados-membros, de reparar os prejuízos causados<sup>175</sup>; iv) para a correta determinação da sua jurisdição temporal, é essencial que o TEDH identifique, em cada caso concreto, o momento exato da interferência cometida pelo Estado-Parte, e o escopo do direito alegadamente violado<sup>176</sup>.

Os princípios gerais enunciados aplicam-se aos casos cujas interferências no direito de propriedade se realizam num hiato temporal isolado, *i.e.*, aos atos ou omissões instantâneas.

Os casos *Blečić v. Croatia* e *Mrkić v. Croatia*<sup>177</sup> ilustram o raciocínio lógico-jurídico operado pelo TEDH. Em ambos, alega-se a violação do direito de propriedade, em concreto, a rescisão de arrendamento dos petionários, ocorrida anos antes da entrada em vigor da CEDH e do Protocolo Adicional n.º 1 para a Croácia. De comum, os casos partilham igualmente a característica de terem sido julgados por tribunais internos, dos quais houve recurso para um tribunal superior, formando-se nestes, o caso julgado – *res judicata*. A partir do momento em que a decisão proferida pelo tribunal se torna definitiva, os demais recursos

---

<sup>174</sup> Sobre este princípio, o TEDH afirma que: “*Moreover, affording a remedy usually presupposes a finding that the interference was unlawful under the law in force when the interference occurred (tempus regit actum). Therefore, any attempt to remedy, on the basis of the Convention, an interference that had ended before the Convention came into force, would necessarily lead to its retroactive application.*” Cf. *Case of Blečić v. Croatia*, 59532/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 29<sup>th</sup> of 2004, parágrafo 80.

<sup>175</sup> A posição do TEDH é clara quanto a este aspeto: “*In conclusion, while it is true that from the ratification date onwards all of the State’s acts and omissions must conform to the Convention (see Yağcı and Sargın V. Turkey, judgment of 8 June 1995, Series A no. 319-A, p. 16, §40), the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to that date (see Kopecký v. Slovakia [GC], no. 44912/98, §38, ECHR 2004-IX). Any other approach would undermine both the principle of non-retroactivity in the law of treaties and the fundamental distinction between violation and reparation that underlies the law of State responsibility.*” Cf. *Case of Blečić v. Croatia*, 59532/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 29<sup>th</sup> of 2004, parágrafo 81.

<sup>176</sup> Com efeito, realça o TEDH que: “*In order to establish the Court’s temporal jurisdiction it is therefore essential to identify, in each specific case, the exact time of the alleged interference. In doing so the Court must take into account both the facts of which the applicant complains and the scope of the Convention right alleged to have been violated.*” Cf. *Case of Blečić v. Croatia*, 59532/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 29<sup>th</sup> of 2004, parágrafo 82.

<sup>177</sup> Cf. *Case of Mrkić v. Croatia*, 7118/03, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 8<sup>th</sup> of 2006.

perante as instâncias jurisdicionais, nestas se incluindo o Tribunal Constitucional Croata, ainda que ocorram em momento posterior à ratificação da CEDH e do Protocolo, não se compaginam com jurisdição temporal do TEDH. Para este Tribunal, a sua jurisdição temporal é determinada com base no momento em que se presencia o facto constitutivo da interferência. Se esse facto é anterior ao momento da entrada em vigor da CEDH e do Protocolo n.º 1, o TEDH julgar-se-á temporalmente incompetente para conhecer a questão, tal como o fez em ambos os casos<sup>178</sup>.

Todavia, em linha com o que anteriormente enunciámos, a jurisdição temporal do TEDH abarca os casos em que a interferência no direito de propriedade, não obstante de se iniciar anteriormente ao momento da ratificação da CEDH e do Protocolo n.º 1, protela-se para lá dessa data.

No respeitante ao direito de propriedade, o conceito de violação contínua surgiu primeiramente no caso *Loizidou v. Turkey*<sup>179</sup>. O caso respeita a uma cidadã greco-cipriota, proprietária de uma casa sita no norte do Chipre, da qual se viu compelida a abandonar por ocasião da ocupação turca em 1974 e não mais pode regressar por lhe ser recusado o acesso. Perante o caso, o TEDH considerou que, ao negar o acesso à sua habitação, a proprietária perdeu todo o controlo sobre a sua propriedade – no qual se inclui o uso, a venda, a possibilidade de arrendamento, *etc.* – e que tal facto era imputável ao Estado Turco<sup>180</sup>, muito embora a Turquia, somente em 1990, tenha reconhecido a competência obrigatória das decisões daquele Tribunal. A violação contínua, no presente caso, relacionada com a negação de acesso à propriedade da cidadã greco-cipriota, apresenta-se como o momento da interferência, a qual, já se sabe, revela para a fixação da jurisdição

---

<sup>178</sup> Particularmente elucidativo quanto à posição tomada, o TEDH refere que “(...) its temporal jurisdiction is to be determined in relation to the facts constitutive of the alleged interference. The subsequent failure of remedies aimed at redressing that interference cannot bring it within the Court’s temporal jurisdiction”. Cf. *Case of Mrkić v. Croatia*, 7118/03, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 8<sup>th</sup> of 2006, parágrafo B).

<sup>179</sup> Cf. *Case of Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, February 23<sup>rd</sup> of 1995, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58007>, acedido em 10/01/2016.

<sup>180</sup> A posição do TEDH é, neste aspeto, plenamente evidente: “The Court, however, must assess the evidence with a view to determining the issue whether the continuous denial of access to her property and the ensuing loss of all control over it is imputable to Turkey”. Cf. *Case of Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, February 23<sup>rd</sup> of 1995, parágrafos 56 e 58.

temporal do TEDH<sup>181</sup>. Disto resulta que o TEDH é competente para apreciar todos aqueles casos a que se assiste a uma violação contínua de um direito inscrito na CEDH ou nos Protocolos, não obstante dessa violação ter início num momento anterior à sua entrada em vigor para uma determinada Parte.

O direito de propriedade, tal como se encontra formulado no artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1, possui um particularismo que importa à *ratione temporis* do TEDH. Como veremos *infra* em maior detalhe, as interferências e as restrições operadas ao direito de propriedade pressupõem que estejam verificados uma série de requisitos, entre os quais figura o pagamento de uma compensação ou indemnização. Este pedido de indemnização releva para a determinação da jurisdição temporal no TEDH, quando a própria interferência teve lugar num momento anterior à ratificação da CEDH e Protocolo, mas o pedido em causa sustenta-se para lá desse momento.

O caso *Almeida Garret v. Portugal*<sup>182</sup> exemplifica a lógica encerrada pelo TEDH quanto a este aspeto. O caso respeita à privação da propriedade sobre três terrenos de que o peticionário era titular, dois dos quais foram nacionalizados em 1975, ao abrigo do quadro da política relativa à reforma agrária então existente, tendo o terceiro terreno sido expropriado, em 1976, por Despacho Ministerial. A legislação, à altura existente<sup>183</sup>, previa o pagamento de uma indemnização, cujo montante, prazo, e condições de pagamento ficaram por definir<sup>184</sup>. Após ter recorrido às instâncias judiciais internas, o peticionário levou o caso ao TEDH, alegando que a ausência verificada quanto ao pagamento de uma indemnização

---

<sup>181</sup> No caso em apreço, o TEDH enveredou pela seguinte posição: “*However, as a consequence of the fact that the applicant has been refused access to the land since 1974, she has effectively lost all control over, as well as all possibilities to use and enjoy, her property. The continuous denial of access must therefore be regarded as an interference with her rights under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)*”. Cf. *Case of Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, February 23<sup>rd</sup> of 1995, parágrafo 63.

<sup>182</sup> Cf. *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal*, Appl. Nos. 29813/96 and 30229/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 11<sup>th</sup> of 2000, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58417>, acedido a 10/01/2016.

<sup>183</sup> Em concreto, referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 407-A/75, de 30 de Julho de 1975, e ao Decreto-Lei n.º 406-A/75, de 29 de Julho.

<sup>184</sup> Cf. *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal*, Appl. Nos. 29813/96 and 30229/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 11<sup>th</sup> of 2000, parágrafo 9.

constituía, entre outras, uma violação do direito de propriedade<sup>185</sup>. O Governo português, aquando das suas declarações, alegou que os atos de nacionalização e de expropriação, sendo atos instantâneos ocorridos em 1975 e 1976 e, por isso, prévios à ratificação da CEDH e do Protocolo n.º 1 – que somente veio a ter lugar a 9 de Novembro de 1978 – não eram geradores de qualquer violação contínua, colocando o caso fora da competência *ratione temporis* do TEDH<sup>186</sup>. Semelhante aceção não foi, no entanto, tomada pelo Tribunal de Estrasburgo, o qual considerou que, não obstante de não poder examinar as questões relativas à privação da propriedade, nem aquelas outras que subjazem à determinação de um montante indemnizatório, a falta de pagamento de uma indemnização definitiva, que subsistia após a ratificação de Portugal, representava – ainda – uma inferência no direito dos requerentes ao respeito dos seus bens<sup>187</sup>, a qual recaía no âmbito da sua jurisdição temporal.

Também no caso *Hingitaq and others v. Denmark*, o TEDH chegou a idêntica conclusão quanto aos pedidos indemnizatórios que provêm de uma interferência no direito de propriedade ocorrida antes da entrada em vigor da CEDH e do Protocolo n.º 1 para determinado Estado-Parte, neste caso, a Dinamarca<sup>188</sup>. Em causa estava uma substancial restrição aos direitos de caça e de pesca dos membros da tribo *Inughuit*, bem como a realocação do seu povoamento, devido à instalação de uma base aérea, a Thule Air Base, em 1951. Os membros da tribo alegaram que a negação de acesso aos seus territórios, a privação dos seus direitos de caça e pesca, bem como do uso, do respeito pelos seus bens, e do controlo dos territórios constituía uma violação contínua, determinando assim, a competência do TEDH para examinar a causa. Todavia, o Tribunal de Estrasburgo considerou que os atos do Governo dinamarquês não se constituíam sobre uma base de

---

<sup>185</sup> Cf. *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal*, Appl. Nos. 29813/96 and 30229/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 11<sup>th</sup> of 2000, parágrafo 38.

<sup>186</sup> Cf. *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal*, Appl. Nos. 29813/96 and 30229/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 11<sup>th</sup> of 2000, parágrafos 40 e 41.

<sup>187</sup> Assim: *Case of Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal*, Appl. Nos. 29813/96 and 30229/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 11<sup>th</sup> of 2000, parágrafo 48.

<sup>188</sup> Cf. *Case of Hingitaq and other v. Denmark*, 18584/04, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 12<sup>th</sup> of 2006, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72219>, acedido a 15/01/2016.

continuidade, sendo, pelo contrário, atos instantâneos, que, por ocorrerem anteriormente à data de ratificação da CEDH e do Protocolo n.º 1 pela Dinamarca<sup>189</sup>, não se compreendiam na sua jurisdição *ratione temporis*<sup>190</sup>. Por seu turno, os peticionários vieram a alegar que a violação do seu direito de propriedade resultava igualmente do baixo valor do montante indemnizatório fixada em 1996 pelos tribunais dinamarqueses. Sobre este aspeto, o TEDH considerou que, não obstante dos atos de expropriação se encontrarem fora da sua jurisdição temporal, o pedido indemnizatório a que deram azo, já após a ratificação da CEDH e do Protocolo n.º 1 pela Dinamarca, tornam-no jurisdicionalmente competente. Na sua decisão, refere ainda, de modo especialmente elucidativo, que o pedido indemnizatório constitui ele próprio um interesse de propriedade – *property interest* – protegido pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1, e que se distingue da expropriação da propriedade dos peticionários, ocorrida em 1951, aquando da instalação da base aérea<sup>191</sup>.

Por tudo isto, vale referir que, no respeitante ao escopo temporal do direito de propriedade, quatro são as regras principais: *i)* a competência *ratione temporis* é fixada, atendendo ao momento em que se realiza a interferência no direito de propriedade; *ii)* o TEDH somente é competente para analisar os casos, nos quais, o momento da interferência realizada no direito de propriedade é posterior à data da ratificação da CEDH e do Protocolo n.º 1; *iii)* o Tribunal é igualmente competente para o exame das interferências que se protelam para lá da data de entrada em vigor para uma determinada Parte, não obstante da interferência se reportar a um momento anterior; *iv)* o TEDH é igualmente competente para julgar os casos nos quais o pedido indemnizatório recai no momento posterior à entrada

---

<sup>189</sup> A Dinamarca ratificou a CEDH em setembro de 1953, e o Protocolo n.º 1 em maio de 1954.

<sup>190</sup> Refere-se na decisão: “*It should be reiterated in this connection that the Convention only governs, for each Contracting Party, facts subsequent to its entry into force with respect to that Party. As regards Denmark, the Convention entered into force on 3 September 1953 and Protocol No. 1 on 18 May 1954. Accordingly, with regard to the above-mentioned interferences, the Court has no jurisdiction and the applicants’ complaints relating to them are incompatible ratione temporis with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4*”. Cf. *Case of Hingitaq and other v. Denmark*, 18584/04, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 12<sup>th</sup> of 2006, ponto A).

<sup>191</sup> Cf. *Case of Hingitaq and other v. Denmark*, 18584/04, Council of Europe: European Court of Human Rights, January, 12<sup>th</sup> of 2006, ponto A), último parágrafo.



em vigor da CEDH e do Protocolo n.º 1, não obstante da sua incompetência *ratione temporis*, para a análise da interferência que motiva tal pedido.

#### 4.1.1.1.1.2. O Escopo Pessoal

Ao determinar que “*Qualquer pessoa singular ou coletiva tem o direito ao respeito dos seus bens*”, o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 tutela a propriedade quer das pessoas singulares, quer das pessoas coletivas. Esta é, por ventura, a única disposição na CEDH na qual é feita menção expressa às pessoas coletivas, evidenciando a opção por uma doutrina corporativista<sup>192</sup>. Além das pessoas singulares e coletivas, do exercício construtivo da lógico-normatividade do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, é possível depreender que o preceito abrange igualmente os nacionais de Estados terceiros. Para tal contribui o entendimento de que, o apelo aos princípios gerais do direito internacional, presentes na segunda frase do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, a propósito da privação da propriedade, permite concluir pelo sentido universalista do escopo pessoal do direito de propriedade. Reforçando este sentido, o artigo 14.º da CEDH estabelece que “*O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas (...) na **origem nacional** ou social (...) ou qualquer outra situação*” [destacado nosso].

Todavia, se dúvidas restassem quanto ao dilatado plano de aplicação subjetivo dos direitos insertos na CEDH – entre os quais o direito de propriedade –, poder-se-ia ainda encontrar um entendimento na jurisprudência para fundamentar esta posição. No caso *Austria v. Italy*, referindo-se ao plano de aplicação da CEDH, a Comissão salientou que “*(...) if [the State party] undertakes to these rights and freedoms not only to its own nationals and those of other High Contracting Parties but also to nationals of States not parties to the Convention and*

---

<sup>192</sup> Confirmando igualmente o particular carácter da expressão, vide GRGIAE, Aida Zvonimir Mataga, Matija Longar and Ana Vilfan, (2007), *The right to property under the European Convention on Human Rights – A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, Council of Europe, Belgium, p. 6.

*to stateless persons, as the Commission itself has expressly recognised in previous decisions (...)*"<sup>193</sup>.

Podemos assim concluir que a nacionalidade não é requisito para o gozo dos direitos e liberdades previstos na CEDH e no Protocolo n.º 1. O escopo pessoal do direito de propriedade, engloba por isso, as pessoas singulares e coletivas, independentemente da sua nacionalidade<sup>194</sup>.

#### 4.1.1.1.3. O Escopo Territorial

O escopo territorial de aplicação do direito de propriedade, à semelhança de qualquer outro direito inscrito na CEDH e nos seus protocolos, estende-se em toda a jurisdição territorial dos Estados-Parte da CEDH e do Protocolo n.º 1. Todas as situações que originem uma violação deste direito, e que ocorram no território desses Estados, encontram-se englobadas na jurisdição *ratione loci* do TEDH.

Todavia, se o escopo territorial não revela grandes particularidades quanto ao território dos Estados, questão diversa, é a de determinar se no plano extraterritorial, pode a conduta de uma Estado Parte da CEDH e do Protocolo n.º 1 ser analisada sem se coartar à jurisdição *ratione loci* do TEDH. No caso *Loizidou v. Turkey*<sup>195</sup>, *supra* analisado, essa mesma questão foi apreciada pelo Tribunal de Estrasburgo, perante a arguição da Turquia de que os factos, que sustentavam a queixa apresentada pelos peticionários, não se englobavam na jurisdição turca, na aceção do artigo 1.º do Protocolo n.º 1<sup>196</sup>. Com razão – a nosso ver – o TEDH considerou que o conceito de jurisdição não se restringe ao território do Estado Parte, abarcando pelo contrário, a jurisdição *de iure* e *de facto* pertencentes a um

---

<sup>193</sup> Cf. *Case of Austria v. Italy*, 788/60, Council of Europe: Commission, Decision of January 11<sup>th</sup> of 1961.

<sup>194</sup> Em igual sentido, vide U. Kriebaum, "Nationality and the Protection of Property Under the European Convention on Human Rights", DM 1 (2009), disponível para consulta em: [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), p. 649.

<sup>195</sup> Cf. *Case of Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, February 23<sup>rd</sup> of 1995, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58007>, acedido a 20/01/2016.

<sup>196</sup> Cf. *Case of Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, February 23<sup>rd</sup> of 1995, parágrafo 2.

determinado Estado<sup>197</sup>. Neste sentido, o Tribunal de Estrasburgo, segue a lógica da extraterritorialidade da jurisdição dos Estados Parte, *i.e.*, o direito de propriedade conhece aplicação onde quer que os Estados Parte exerçam os seus poderes de controlo e de direção, em síntese, poderes associados à sua jurisdição *de facto*.

#### 4.1.1.1.4. O Escopo Substantivo

O escopo substantivo do direito de propriedade permite saber que realidades se englobam no conceito de “*bens*” e de “*propriedade*” que o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 parece utilizar enquanto sinónimos<sup>198</sup>.

O TEDH ao longo da sua jurisprudência tem vindo a perspetivar a CEDH e os seus Protocolos Adicionais, como um texto jurídico vivo, adaptável às novas realidades e ao progresso da sociedade. Não surpreende por isso, que quanto ao direito de propriedade, o conceito de “*bens*” e de “*propriedade*” tenha vindo a ser sucessivamente alargado para que nele se inclua todas as realidades cujo conteúdo essencial, tem por referência um elemento patrimonial.

A título de exemplo, observe-se que no caso *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, o TEDH considerou que a limitação da capacidade de disposição constitui uma violação do direito de propriedade, na exata medida em que as lesões que acarreta para o direito dos titulares dos bens são incompatíveis com o usufruto pacífico dos bens englobados na sua propriedade – *peaceful enjoyment of their*

---

<sup>197</sup> Cf. *Case of Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, February 23<sup>rd</sup> of 1995, parágrafo 52. Em igual sentido, cf. o voto de vencido do Juiz Gölcüklü, o qual refere, no ponto seu ponto 3.º, que: “*The Commission and the Court have stated more than once that the concept of “jurisdiction” within the meaning of Article 1 of the Convention (art. 1) covers both de facto and de jure jurisdiction*”.

<sup>198</sup> A título de exemplo, cf. *Case of Marckx v. Belgium*, 6833/74, Council of Europe: European Court of Human Rights, April 27<sup>th</sup> of 1979, parágrafo 63, no qual o TEDH afirma que: “*By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 (P1-1) is in substance guaranteeing the right of property. This is the clear impression left by the words “possessions” and “use of property” (in French: “biens”, “propriété”, “usage des biens”); the “travaux préparatoires”, for their part, confirm this unequivocally: the drafters continually spoke of “right of property” or “right to property” to describe the subject-matter of the successive drafts which were the forerunners of the present Article 1 (P1-1). Indeed, the right to dispose of one’s property constitutes a traditional and fundamental aspect of the right of property (cf. the Handyside judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 29, para. 62)”*.

*possessions*<sup>199</sup>. Nesse sentido, o Tribunal frisou: “(...) the **loss of all ability to dispose of the land in issue, (...), entailed sufficiently serious consequences for the applicants de facto to have been expropriated in a manner incompatible with their right to the peaceful enjoyment of their possessions. In conclusion, there has been and there continues to be a breach of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)**” [destacado nosso]<sup>200</sup>.

Os termos utilizados na redação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 alcançam uma multiplicidade de objetos, realidades e interesses económicos passíveis de ser classificados como “propriedade”. Efetivamente, os idiomas utilizados para a redação do Protocolo n.º 1 evidenciam o âmbito *lato* do conceito. Em francês, o termo “*biens*” é utilizado para descrever aquilo que se considera protegido pelo artigo 1.º deste Protocolo, relacionando-se fortemente, em termos de terminologia legal, com os direitos patrimoniais<sup>201</sup>. Já na língua inglesa, é utilizado o termo “*possessions*” como conceito legal da propriedade protegida, termo que inculca a ideia embarca não apenas os direitos de propriedade *stricto sensu*, mas também um amplo conjunto de direitos pecuniários referentes a diversas realidades, tais como os direitos relativos às participações sociais, pensões de reforma, arrendamentos, decisões arbitrais, *etc.*<sup>202</sup>.

Há igualmente que ter presente que os conceitos empregados na redação normativa do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 possuem autonomia relativamente aos conceitos comumente utilizados no direito interno. Significa isto que a propriedade, enquanto conceito jurídico, é classificada segundo o entendimento da CEDH e deste Protocolo, bem como da jurisprudência do TEDH, ainda que não haja uma extada correspondência quanto à classificação dada pelos Estados-Parte à luz do seu direito interno. Todavia, a autonomia do conceito de “propriedade” não significa uma total rutura com o direito interno dos Estados-Parte. Pelo contrário, em maior ou menor medida é sempre necessário que a posição jurídica do

---

<sup>199</sup> Cf. *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 24<sup>th</sup> of 1993. Disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57836>, acedido a 30/01/2016.

<sup>200</sup> Cf. *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 24<sup>th</sup> of 1993, parágrafos 45.

<sup>201</sup> Também neste sentido, cf. Aida Grgiæ, Zvonimir Mataga, Matija Longar and Ana Vilfan, (2007), *The right to property under the European Convention ...*, Council of Europe, Belgium, p. 7

<sup>202</sup> Idem.

peticionário esteja a coberto de uma qualquer proteção jurídica, vulgarmente através de um direito criado à luz do direito interno. Encontramos no caso *S. v. The United Kingdom* um exemplo daquilo que se pretende firmar<sup>203</sup>.

No presente caso, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem considerou que a proteção conferida pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1 não se estende aos casos em que existe uma mera ocupação de uma propriedade sem haja um vínculo ou título jurídico constituído<sup>204</sup>. No caso referido, colocava-se em causa a transmissão do direito ao arrendamento para habitação da peticionária, ocasionado pela morte da arrendatária, com que aquela vivia em coabitação. Após a morte da sua parceira, a peticionária solicitou a um tribunal inglês, a transmissão do direito ao arrendamento para habitação por morte da arrendatária, o qual lhe veio a ser negado, por falta de previsão legal na lei inglesa quanto a transmissão do direito ao arrendamento no caso de coabitação entre pessoas do mesmo sexo<sup>205</sup>. Com base na decisão do tribunal inglês, a peticionária veio a alegar a violação do direito ao respeito pela vida privada e familiar – artigo 8.º da CEDH – e do seu direito de propriedade – artigo 1.º do Protocolo Adicional n.º 1. Naquilo que ao direito de propriedade concerne, a Comissão entendeu que a peticionária ocupava a habitação conjuntamente com a arrendatária, porém, não possuía qualquer tipo de vínculo jurídico ou de direito contratual inscrito na sua esfera jurídica. Deste modo, a transmissão do direito ao arrendamento, não figurava como um “bem” inscrito na propriedade da peticionária, dado que à luz do direito interno, não havia qualquer situação jurídica que pudesse relevar para o plano do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> Cf. *Case of S. v. the United Kingdom*, Council of Europe: Commission, Application No. 11716/85, August 26<sup>th</sup> of 1985, disponível para consulta em: <http://echr.ketse.com/doc/11716.85-en-19860514/view/>, acedido a 05/02/2016.

<sup>204</sup> No ponto 5 da sua decisão, referente à matéria de direito, a Comissão considerou que “(...) *there was no contractual nexus between the applicant and the local authority. The applicant has not shown that her possessions were in any way interfered with, and the fact that she had been living in the house for some time without legal title cannot constitute a possession within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1).*” Cf. *Case of S. v. the United Kingdom*, Council of Europe: Commission, Application No. 11716/85, August 26<sup>th</sup> of 1985.

<sup>205</sup> Vide: *Case of S. v. the United Kingdom*, Council of Europe: Commission, Application No. 11716/85, August 26<sup>th</sup> of 1985, parágrafo 2 da matéria de facto.

<sup>206</sup> Vide: *Case of S. v. the United Kingdom*, Council of Europe: Commission, Application No. 11716/85, August 26<sup>th</sup> of 1985, parágrafo 4 da matéria de direito.

Como afirmámos *supra*, o conceito de propriedade estabelece-se em sentido *lato*. Além dos bens móveis e imóveis, tangíveis e intangíveis, o conceito em análise abarca uma outra série de posições jurídicas e interesses essencialmente económicos.

No caso *Bramelid and Malmström v. Sweden*<sup>207</sup>, os peticionários, acionistas de uma empresa de grandes armazéns alegaram que o seu direito de propriedade havia sido violado com a entrada em vigor de uma nova lei sueca, a qual possibilitava que uma empresa que detivesse uma outra empresa em mais de 90% das ações e dos direitos de votos, adquirisse as restantes participações, atribuindo às ações detidas pelos restantes acionistas, um valor equivalente à oferta pública, exceto se outra solução decorresse de uma decisão arbitral, o que se veio a verificar<sup>208</sup>. Com base na decisão arbitral, que fixou um preço abaixo do preço de mercado e do estipulado pela lei sueca, possibilitando a aquisição das ações dos restantes 10% de acionistas, os peticionários alegaram que, de acordo com a disposição do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, haviam sido privados da sua propriedade sem que a tal presidisse uma razão baseada na utilidade pública, tendo ainda sido alvos de uma expropriação levada a cabo por uma empresa privada<sup>209</sup>.

Embora a Comissão tenha vindo a declarar a inadmissibilidade da petição, a importância da sua decisão reside no reconhecimento de que as ações compõem os bens patrimoniais dos indivíduos e, como tal, englobam o conceito de propriedade. Paralelamente, a importância desta decisão estabelece-se no facto de, pela primeira vez, se ter aplicado o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH às relações jurídicas entre particulares<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> Cf. *Case of Bramelid and Malmström v. Sweden*, Appl. nos. 8588/79 and 8589/79, Council of Europe: Commission, October 12<sup>th</sup> of 1982. Decisão disponível para consulta em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Reports\\_Recueil\\_2002-VII.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VII.pdf), acedido a 11/02/2016.

<sup>208</sup> Vide *Case of Bramelid and Malmström v. Sweden*, Appl. nos. 8588/79 and 8589/79, Council of Europe: Commission, October 12<sup>th</sup> of 1982, parágrafo 5.

<sup>209</sup> Vide *Case of Bramelid and Malmström v. Sweden*, Appl. nos. 8588/79 and 8589/79, Council of Europe: Commission, October 12<sup>th</sup> of 1982, ponto 1 das alegações.

<sup>210</sup> Neste sentido, consulte CARSS-FRISK, Monica, (2001), *The right to property: guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Belgium, pag. 12.

Baseada na posição jurídica dos indivíduos e nos seus interesses económicos, as decisões arbitrais são também passíveis de serem abarcadas no conceito de propriedade. O caso *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*<sup>211</sup> ilustra como uma decisão arbitral se inscreve na esfera jurídica de um indivíduo, podendo ser considerada um bem patrimonial seu. O caso diz respeito a um contrato celebrado em 1972, entre uma empresa – Stran Greek Refineries, detida pelo peticionário – e o Estado grego, tendo por objeto a construção de uma refinaria de petróleo, cujo custo estimado de construção rondava os 76 milhões de dólares<sup>212</sup>. O contrato de construção foi ratificado decreto legislativo, publicado no Diário da República, à luz do qual o Estado grego se comprometera a adquirir os terrenos nos quais haveria de ser construída a refinaria. Contudo, e apesar de inicialmente ter expropriado terrenos para o efeito, o Estado grego entrou em incumprimento com as suas obrigações contratuais, retraindo-se através de cedência dos terrenos aos seus anteriores proprietários, inviabilizando assim a continuação da construção da refinaria. Mais tarde, as autoridades gregas ordenaram pela suspensão das obras de construção, inviabilizando em absoluto a sua realização<sup>213</sup>.

Recorrendo perante as autoridades nacionais, o peticionário requereu permissão para reiniciar as obras de construção, o que lhe veio a ser negado. Transitando de um período da ditadura militar para a restauração da democracia, o Estado grego, com apoio numa lei especial sobre a cessação de contratos preferenciais prevista e autorizada pela Constituição de 1975, considerou que o contrato, o qual foi celebrado no período da ditadura militar, lesava os interesses nacionais, razão pela qual o cessou de forma unilateral.

Iniciadas as diligências processuais adequadas, o peticionário veio a exigir, perante os tribunais internos, o pagamento de uma compensação pelos custos a

---

<sup>211</sup> Cf. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57913>, acedido a 15/02/2016.

<sup>212</sup> Cf. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafo 7.

<sup>213</sup> Contribuiu para o incumprimento o anúncio do Ministro da Indústria e da Agricultura, realizado numa conferência no dia 28 de novembro de 1973, de que os terrenos expropriados para a o cumprimento do contrato, iriam retornar aos seus antigos proprietários. Contribuiu igualmente para o incumprimento do contrato pelo governo grego, a ordem de suspensão das obras dada pela polícia.

que incorreu, bem como pela cessão unilateral do contrato. O Estado grego alegou pela falta de competência dos tribunais internos, uma vez que, nos termos do contrato firmado entre as partes, a competência judicial para solucionar os litígios emergidos do contrato pertenciam ao tribunal arbitral. A questão foi por isso, apreciada por um tribunal arbitral que veio a reconhecer o pedido do peticionário na sua decisão, fixando um montante indenizatório de 16 milhões de dólares. O Estado grego retraindo a sua posição, alegou novamente a incompetência do tribunal arbitral, aprovando entretanto, um novo diploma que tornava a sentença arbitral nula e inexecutível<sup>214</sup>.

Esgotando os meios internos de recurso, o peticionário recorreu ao Tribunal de Estrasburgo arguindo pela violação do direito a um processo equitativo – artigo 6.º da CEDH – e do direito de propriedade – artigo 1.º do Protocolo n.º 1. Relativamente ao direito de propriedade, contestado pelo Estado grego, que afirmou não existir um bem patrimonial que pudesse ser alvo de uma qualquer violação<sup>215</sup>, o TEDH veio a considerar que, sendo a sentença arbitral uma decisão final e obrigatória, gerou a favor do peticionário o direito de receber uma compensação, direito esse que, provindo de uma sentença arbitral, não necessita de qualquer medida adicional para se tornar executível. Desta forma, foi entendido que tal direito constitui um bem que se compreende no conceito de propriedade, tutelada pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>216</sup>. A sentença arbitral passou a constituir um bem tutelado pelo direito de propriedade, tendo sido violada a partir

---

<sup>214</sup> Cf. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 8 – 28.

<sup>215</sup> Cf. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 57 – 75.

<sup>216</sup> O TEDH considerou que “(...) *the award was final and binding; it did not require any further enforcement measure and no ordinary or special appeal lay against. Under Greek legislation arbitration awards have the force of final decisions and are deemed to be enforceable. The grounds for appealing against them are exhaustively listed in Article 897 of the Code of Civil Procedure; no provision is made for an appeal on the merits. At the moment when Law no. 1701/1987 was passed the arbitration award of 27 February 1984 therefore conferred on the applicants a right in the sums awarded. Admittedly, that right was revocable, since the award could still be annulled, but the ordinary courts had by then already twice held - at first instance and on appeal - that there was no ground for such annulment. Accordingly, in the Court's view, that right constituted a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1).*” Cf. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 61 e 62.



do momento em que foi tornada nula e inexecutável pela promulgação do novo diploma<sup>217</sup>.

Correlacionado com aquilo que se acaba de expor, o caso *Pressos Compania Naviera SA v. Belgium*<sup>218</sup>, veio a demonstrar que também o direito de ação judicial incorpora o conceito de propriedade. A relevância deste caso encontra-se na legítima expectativa dos peticionários e na perspectiva de que, perante a ocorrência de um dano, se gera automaticamente na sua esfera jurídica, um direito a pedido de indemnização, que pelo seu elemento patrimonial, se inscreve no direito de propriedade. O caso respeita a uma série de peticionários envolvidos numa colisão de navios, ocorrida em águas belgas, cuja responsabilidade foi devida à conduta dos pilotos belgas, envolvendo por isso, sob a lei ordinária belga, a responsabilidade do próprio Estado. No decorrer de uma ação intentada contra o Estado belga – a qual teve lugar perante o tribunal arbitral em primeiro lugar e, de seguida, perante o Supremo Tribunal, em sede de recurso –, foi entretanto promulgada nova lei, *The “1988” Act*, que veio a introduzir alterações na lei sobre matéria de navegação no mar – *the “1967” Act* –, excluindo qualquer responsabilidade do Estado pelos danos causados pela colisão em questão<sup>219</sup>.

Coartada a possibilidade dos peticionários apresentarem um pedido de indemnização contra o Estado belga, este alegaram que a introdução da nova lei, que veio a excluir a responsabilidade do Estado, violava o seu direito de propriedade numa dupla aceção: em primeiro lugar, porque impondo sobre os peticionários um encargo excessivo, sendo estes compelidos a acarretar com os danos sofridos, o equilíbrio entre o interesse geral e o direito de respeito pelos

---

<sup>217</sup> Na sua decisão, o TEDH refere “*By choosing to intervene at that stage of the proceedings in the Court of Cassation by a law which invoked the termination of the contract in question in order to declare void the arbitration clause and to annul the arbitration award of 27 February 1984, the legislature upset, to the detriment of the applicants, the balance that must be struck between the protection of the right of property and the requirements of public interest. There has accordingly been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1).*” Cf. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 74 e 75.

<sup>218</sup> Cf. *Case of Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, Application No. 17849/91, Council of Europe: Commission, November 20<sup>th</sup> of 1995, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58056>, acedido a 18/02/2016.

<sup>219</sup> Sobre a alteração em questão, vide *Case of Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, Application No. 17849/91, Council of Europe: Commission, November 20<sup>th</sup> of 1995, parágrafos 15 a 18.

bens seria gravemente afetado; e, em segundo lugar, a aplicação retroativa da lei entretanto promulgada, *The “1988” Act*, coartava a possibilidade de ser apresentado um pedido de indemnização<sup>220</sup>. O Estado belga respeitou esta visão, afirmando que o pedido de indemnização não constitui um “bem”, integrado no conceito de propriedade. Chamado a pronunciar-se, o TEDH veio a reconhecer razão aos peticionários, com base na consideração de que o pedido de indemnização, se gerou no momento em que o dano ocorreu e que, com base num tal pedido e na lei que vigorava ao momento da colisão, os peticionários detinham a legítima expectativa de virem a ser ressarcidos. O Tribunal de Estrasburgo concluiu assim que a promulgação da lei que veio a excluir a responsabilidade do Estado belga, *The “1988” Act*, impossibilitando os peticionários de apresentar um pedido de indemnização, constituía uma interferência no seu direito de propriedade.

Em certos casos, também as legítimas expectativas dos indivíduos são passíveis de ser consideradas propriedade sua, tuteladas assim pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1. Este foi o entendimento que o TEDH deixou firmado no caso *Pine Valley Developments Ltd v. Ireland*<sup>221</sup>. O caso em questão versa sobre a aquisição de um terreno, por parte de uma empresa – Pine Valley Developments –, no qual pretendia construir uma série de instalações industriais e escritórios. A aquisição deste terreno teve como pressuposto a permissão de construção, inscrita no registo público de planeamento, e o aval do Ministro da Administração Local<sup>222</sup>. Após ter sido apresentado o plano de construção para o terreno em questão, o Concelho do Condado de Dublin veio a indeferi-lo. O peticionário recorreu da decisão perante os tribunais internos, visando obter uma decisão judicial que, com base no registo oficial de planeamento, permitisse a execução do plano apresentado, impelindo o Concelho a aprová-lo. O tribunal veio a acolher esta posição, decidindo a favor da empresa. Todavia, o Concelho do Condado de Dublin recorreu ao Supremo Tribunal, o qual veio a considerar que a concessão da

---

<sup>220</sup> Neste sentido, consulte *Case of Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, Application No. 17849/91, Council of Europe: Commission, November 20<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 28.

<sup>221</sup> Cf. *Case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, Application No. 12742/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, November 29<sup>th</sup> of 1991, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57711>, acedido a 20/02/2016.

<sup>222</sup> Vide *Case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, Application No. 12742/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, November 29<sup>th</sup> of 1991, parágrafos 9 e 10.

permissão para a construção das instalações industriais e dos escritórios por parte do Ministro da Administração Local constituía um ato *ultra vires*, sendo assim declarado nulo. Em consequência da decisão do Supremo Tribunal, o terreno desvalorizou atingindo um valor abaixo do preço de aquisição<sup>223</sup>.

Alegando que existia uma violação do direito de propriedade, o peticionário apresentou queixa perante o TEDH, que ao analisar a questão considerou que existia uma legítima expectativa, baseada na inicial permissão para construção das instalações industriais no terreno em causa. Essa legítima expectativa encontrava-se devidamente fundamentada, uma vez que a permissão, além do aval do Ministro da Administração Local, encontrava-se arrolada no registo público de planeamento<sup>224</sup>. Sob tais pressupostos, a convicção de que a permissão era válida gerou uma expectativa legítima de que o plano de desenvolvimento proposto viesse a ser realizado, o que tem de ser considerado no escopo de propriedade, conforme o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>225</sup>. Mais: o TEDH acrescentou, *ipsis verbis*, que sobre este aspeto seria excessivamente formalista sustentar que a decisão do Supremo Tribunal não constituí uma interferência com a propriedade do peticionário<sup>226</sup>.

Além das legítimas expectativas, existem outras realidades jurídicas, como a clientela profissional que, à luz da jurisprudência do TEDH, se contemplam no conceito de “bem”. Esta consideração advém do caso *Van Marle and Others v. The*

---

<sup>223</sup> Vide *Case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, Application No. 12742/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, November 29<sup>th</sup> of 1991, parágrafos 11 a 27.

<sup>224</sup> Refere o TEDH: “*Like the Commission, the Court considers that this question must be answered in the affirmative. When Pine Valley purchased the site, it did so in reliance on the permission which had been duly recorded in a public register kept for the purpose and which it was perfectly entitled to assume was valid. That permission amounted to a favourable decision as to the principle of the proposed development, which could not be reopened by the planning authority. In these circumstances it would be unduly formalistic to hold that the Supreme Court’s decision did not constitute an interference.*” Vide *Case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, Application No. 12742/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, November 29<sup>th</sup> of 1991, parágrafo 51.

<sup>225</sup> Sobre a inclusão das legítimas expectativas, o TEDH considerou que “*Until it was rendered, the applicants had at least a legitimate expectation of being able to carry out their proposed development and this has to be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1), as a component part of the property in question.*” Vide *Case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, Application No. 12742/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, November 29<sup>th</sup> of 1991, parágrafo 51.

<sup>226</sup> Nas palavras do Tribunal: “*(...) it would be “unduly formalistic” to hold that the decision of the Supreme Court did not constitute an interference with the applicant’s property*”.

*Netherlands*<sup>227</sup>, que remonta a 1972, data até à qual os peticionários exerciam livremente as funções de contabilistas. Com base num novo estatuto profissional, aprovado pelo *Act of December 13th of 1972*, todos aqueles que exerciam a profissão de contabilistas, foram sujeitos, por imposição legal, a registar-se junto de um Conselho de Admissão, ao qual competia avaliar cinco balanços contabilísticos realizados pelos candidatos, de forma a manterem as suas funções profissionais. Os peticionários apresentaram a sua candidatura para registo, que veio a ser indeferida em 1977. Após contestação do resultado perante o Conselho de Admissão e de Recurso, este entrevistou os peticionários e emitiu um parecer negativo relativamente ao desempenho insatisfatório revelado na entrevista pessoal. Esgotados os meios de recurso interno, que vieram a negar as pretensões dos peticionários, estes apresentaram queixa perante o TEDH, arguindo que o seu direito de propriedade havia sido violado pelo parecer negativo do Conselho de Admissão e de Recurso<sup>228</sup>.

Na sua apreciação, o TEDH pronunciou-se no sentido de que a decisão de ambos os Conselhos veio a ter impacto não apenas nos rendimentos dos peticionários, mas também no valor do *goodwill*<sup>229</sup> da sua atividade, enquanto contabilistas. Por lado do Estado neerlandês, rejeitava-se que aos peticionários assistisse qualquer direito de propriedade, acrescentado ainda, nas suas alegações, que não havia qualquer correlação entre o direito neerlandês e o “direito de

---

<sup>227</sup> Cf. *Case of Van Marle and Others v. The Netherlands*, Appl. Nos. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 26<sup>th</sup> of 1986, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57590>, acedido a 01/03/2016.

<sup>228</sup> O recurso direto AO TEDH justificou-se na medida em que o Conselho de Recurso estava estabelecido enquanto órgão judicial. Com efeito, o TEDH sublinha que “*None of the applicants took his case to the Council of State as provided for under the Administrative Appeals Act. They considered that there was no point in doing so; as evidence of this they cited a decision of 4 September 1977 of the Judicial Division of the Council of State, which had declared an appeal against a decision of the Board of Appeal inadmissible on the ground that the Board of Appeal was a judicial body and could not be regarded as an administrative one.*” Cf. *Case of Van Marle and Others v. The Netherlands*, Appl. Nos. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 26<sup>th</sup> of 1986.

<sup>229</sup> A expressão “*goodwill*” tem por referência o valor que a reputação de uma determinada empresa ou profissão acrescenta ao seu valor global.

*goodwill*” que pudesse ser equacionado enquanto parte integrante da propriedade<sup>230</sup>.

Não obstante, o TEDH veio a considerar que aos peticionários assistia um verdadeiro direito de propriedade. Considerou o Tribunal de Estrasburgo que os direitos dos peticionários se assemelhavam ao direito de propriedade, na medida em que, pelo seu trabalho, estes criaram a sua própria clientela profissional, a qual é equacionada enquanto uma mais-valia e, por isso, um “*bem*” apto ao conceito de propriedade definido no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>231</sup>. O Tribunal aditou ainda que a recusa do registo profissional dos peticionários afetou radicalmente as condições da sua atividade profissional, reduzindo-a substancialmente e, consequentemente, reduzindo os rendimentos obtidos através de tal atividade<sup>232</sup>. Embora se viesse a considerar que, no presente caso, a restrição do direito de propriedade dos peticionários foi justificada, a importância do estudo deste caso reside no facto de se acautelar, como domínio da propriedade, as posições jurídicas e interesses económicos como uma mais-valia na esfera jurídica do indivíduo.

O caso *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*<sup>233</sup> ilustra outro exemplo no qual os interesses económicos se interconectam e incidem com o âmbito de aplicação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Neste caso, a peticionária, uma empresa de responsabilidade limitada detida por uma única sócia, assumiu em 1980 a gestão de um restaurante – *Le Cardinal* –, para o qual havia obtido licença para comercializar, no seu espaço, diversas bebidas alcoólicas. Depois de entrar em vigor um novo diploma legal sobre a venda de álcool ao público, foi realizada uma inspeção ao restaurante pelo Departamento Fiscal do Conselho Administrativo, na

---

<sup>230</sup> Cf. *Case of Case of Van Marle and Others v. The Netherlands*, Appl. Nos. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 26<sup>th</sup> of 1986, parágrafos 39 e 40.

<sup>231</sup> Cf. *Case of Case of Van Marle and Others v. The Netherlands*, Appl. Nos. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 26<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 41.

<sup>232</sup> Cf. *Case of Case of Van Marle and Others v. The Netherlands*, Appl. Nos. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 26<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 42.

<sup>233</sup> Cf. *Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Application no. 10873/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 7<sup>th</sup> of 1989, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586>, acedido a 05/02/2016.

qual se detetaram várias irregularidades cometidas durante a atual e a anterior gestão, que, embora assumidas por empresas diferentes, pertenciam à mesma sócia única<sup>234</sup>. No seguimento da inspeção, as autoridades inspetivas aplicaram uma coima à empresa gestora do restaurante com base na má e negligente gerência relativamente ao comércio de bebidas alcoólicas. Na sequência de um pedido de alargamento das horas de abertura ao público, apresentado pela empresa às autoridades competentes, e após vários recursos das autoridades envolvidas, este órgão veio a indeferir o pedido, revogando igualmente a licença para a venda de bebidas alcoólicas em público.

A empresa gestora do restaurante veio a alegar que a decisão das autoridades competentes obrigou ao encerramento do estabelecimento dada a impossibilidade de suportar os prejuízos decorrentes da redução da sua atividade<sup>235</sup>. Recorrendo da decisão das autoridades competentes perante os seus superior hierárquicos, a peticionário veio a requerer, sem sucesso, a declaração de nulidade da decisão relativa à revogação da licença para o comercialização de álcool fosse tornada nula, permitindo a continuidade da sua atividade<sup>236</sup>.

Depois de esgotados os recursos internos, o caso surgiu perante o TEDH, sobre a alegação, pela peticionária, de que haviam sido violados o seu direito a um processo equitativo – artigo 6.º da CEDH – e o seu direito de propriedade<sup>237</sup>. Perante o Tribunal, o Governo sueco afirmou, quanto ao direito de propriedade, que a licença atribuída para a comercialização de álcool não constitui um “bem” que se integre no conceito de propriedade firmado pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1. Embora o argumento fosse aceite, o TEDH observou que, não obstante da licença em questão não constituir um “bem” para os efeitos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, o mesmo já não se poderia considerar quanto aos interesses económicos da peticionária, atendendo a que a manutenção da licença de comercialização da venda de álcool era uma das principais condições para o exercício comercial do

---

<sup>234</sup> Cf. *Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Application no. 10873/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 7<sup>th</sup> of 1989, parágrafos 8 – 20.

<sup>235</sup> Cf. *Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Application no. 10873/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 7<sup>th</sup> of 1989, parágrafos 20 – 22.

<sup>236</sup> Idem.

<sup>237</sup> Cf. *Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Application no. 10873/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 7<sup>th</sup> of 1989, parágrafos 33 e 34.

restaurante e que a sua retirada afetou não só a sua atividade, mas também o seu *goodwill*. Considerou-se, assim, que a retirada da licença em questão constituiu uma violação do direito de propriedade da empresa peticionária na medida em que a sua atividade económica dependia desta licença, não obstante do TEDH ter vindo a considerar que, atenta a necessidade de restringir e controlar o consumo de álcool, tal interferência tem-se por lícita e justificada no âmbito do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>238</sup>.

Também no caso *Iatridis v. Greece*<sup>239</sup>, o Tribunal de Estrasburgo veio a adotar uma posição semelhante àquela que assumiu no anterior caso.

O caso incide sobre um terreno, herdado por um cidadão grego, sobre o qual veio a ser construído um cinema ao ar livre, devidamente licenciado pelas autoridades competentes<sup>240</sup>. Todavia, a concreta delimitação do terreno foi contestada pelo Estado grego, que defendia que parte da construção do cinema transpunha os limites do terreno herdado, assentando, em parte, sobre terrenos públicos. O caso foi objeto de litígio perante os tribunais gregos, sendo que entretanto, o cidadão grego – herdeiro do terreno em questão – veio a falecer, tendo os seus herdeiros assumido a sua posição perante os tribunais<sup>241</sup>. Mais tarde, e quando o litígio corria ainda perante os tribunais gregos, os seus herdeiros celebraram um contrato de arrendamento com o peticionário, para exploração do cinema. Contudo, as autoridades gregas ordenaram o despejo do peticionário, por considerarem que a retenção de parte do terreno onde se situava o cinema, e que se alegava ser público, constituía uma situação de manifesta ilegalidade. Após a ordem de despejo foi executada coercivamente<sup>242</sup>, e o terreno em disputa foi entregue às autoridades locais, e exigindo-se ainda uma compensação pelos custos

---

<sup>238</sup> Cf. *Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*, Application no. 10873/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 7<sup>th</sup> of 1989, parágrafos 54 – 58.

<sup>239</sup> Cf. *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58227>, acedido a 12/03/2016.

<sup>240</sup> Cf. *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 7.

<sup>241</sup> Aquando do falecimento do herdeiro do terreno, em 1982, Estado grego constituiu sobre o terreno uma hipoteca, como meio de assegurar o pagamento do imposto sobre a herança recebida, o qual veio a ser pago nesse mesmo ano. Cf. *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 12 – 16.

<sup>242</sup> *Idem*.

a que as autoridades haviam incorrido<sup>243</sup>. O peticionário, veio a recorrer da decisão das autoridades, e após esgotados os recursos internos, apresentou queixa perante o TEDH, arguindo que o seu direito de propriedade havia sido violado pela decisão das autoridades gregas<sup>244</sup>.

Por seu turno, e já perante o Tribunal de Estrasburgo, o Estado grego veio alegar que a ordem de despejo apenas veio a privar o peticionário do uso e da posse sobre o terreno, que se alegava ser público, não lhe coartando a possibilidade de desenvolver o seu negócio<sup>245</sup>. Contudo, o TEDH reafirmou que o conceito de “*bem*”, enquanto propriedade, adquire um significado autónomo daquele que é normalmente atribuído à luz do direito interno. Eximindo-se da determinação concreta de quem pertence o terreno, por se considerar, incompetente para tal, o Tribunal deu apenas como provados os seguintes factos: até à ordem de despejo, o peticionário mantinha um contrato de arrendamento legalmente válido, ao abrigo do qual desenvolvia uma atividade económica, sob a qual adquiriu e desenvolveu uma determinada clientela, a qual constituía assim uma mais-valia, sendo por isso considerada como um “*bem*” apto a integrar a categoria de propriedade ao abrigo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH <sup>246</sup>.

Citando as três regras que regem a admissibilidade das restrições do direito de propriedade, e que adiante analisaremos em detalhe, o TEDH considerou que existia uma ingerência na propriedade do peticionário, com base no facto de que, além da ordem de despejo – consubstanciada numa restrição à regra geral do usufruto pacífico da propriedade –, que veio a ser posteriormente anulada pelo tribunal de primeira instância de Atenas, o Estado grego ocupou arbitrariamente e ilegalmente o terreno sobre o qual havia sido construído o cinema, recusando-se a

---

<sup>243</sup> Cf. *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 21 – 25.

<sup>244</sup> A exploração do cinema continuou a operar a cargo das autoridades locais. Cf. *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 25 – 30.

<sup>245</sup> Cf. *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 53: “*The Government submitted that the administrative eviction order had merely deprived the applicant of the right to use and possess the land in issue and had not prevented him from carrying on his business. The applicant had had four years to find an alternative site for his business, which had consequently suffered no harm on account of the enforcement of the eviction order.*”

<sup>246</sup> Cf. *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 54.



entregá-lo ao peticionário<sup>247</sup>. Assim, além da clientela profissional, outros são os “bens” integrados no conceito de propriedade e que se manifestam no interesse económico dos indivíduos. O direito ao recebimento das rendas e o direito às pensões de reforma são, a título de exemplo, bens idóneos a integrarem o conceito de propriedade, e que o Tribunal veio a considerar que foram violados pela atuação das autoridades gregas<sup>248</sup>.

O caso *Mellacher v. Austria* e o caso *Müller v. Austria* demonstram como o direito a receber o valor do arrendamento e da pensão de reforma compõem, respetivamente, a propriedade à luz do artigo 1.º do Protocolo n.º 1.

No primeiro dos dois casos apresentados – *Mellacher v. Austria*<sup>249</sup> – o peticionário alegou haver uma ingerência no seu direito de propriedade, nomeadamente pela afetação do valores de que auferia por virtude dos contratos de arrendamento que celebrados, e que posteriormente vieram a ser alterados através de um novo diploma legal que regulava o regime do arrendamento.

A reforma introduzida pela “1981 Rent Act” alterou a regulação existente quanto aos contratos de arrendamento, que datava de 1922<sup>250</sup>. Com base na reforma legislativa introduzida, um dos arrendatários com o qual o peticionário havia celebrado um contrato de arrendamento apelou para o Conselho Arbitral de Graz, a fim de ver a sua renda atualizada. O Conselho Arbitral, tomando por base a “1981 Rent Act”, fixou uma redução do valor da renda. Contestando a decisão do Conselho, o peticionário recorreu para o Tribunal Cível do Distrito de Graz (*Bezirksgericht für Zivilrechtssachen*). Este tribunal, por sua vez, veio a dar razão ao arrendatário, que alegava que a classificação do apartamento era diferente daquela que foi atribuída pelo peticionário, mantendo a redução do valor da renda fixado

---

<sup>247</sup> Cf. *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 55 – 62.

<sup>248</sup> *Idem*.

<sup>249</sup> Cf. *Case of Mellacher v. Austria*, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 19<sup>th</sup> of 1989, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57616>, acedido a 18/03/2016.

<sup>250</sup> Cf. *Case of Mellacher v. Austria*, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 19<sup>th</sup> of 1989, parágrafo 12.

pelo Conselho Arbitral, na ordem dos 150% abaixo do valor da renda anterior a 1981<sup>251</sup>.

Alegando pela inconstitucionalidade da norma da “1981 Rent Act”, que permitia a atualização das rendas num valor inferior ao anteriormente negociado, o peticionário recorreu, perante os tribunais internos, incluindo o Tribunal Constitucional<sup>252</sup>. Sem sucesso, perante os tribunais internos, a questão foi submetida à apreciação do Tribunal de Estrasburgo, que veio a reconhecer que as disposições presentes no “1981 Rent Act” constituíam uma interferência para com o direito de propriedade do peticionário. Para este Tribunal, a restrições operavam ao nível do controlo do uso da propriedade e não ao nível da sua privação, uma vez que a propriedade do peticionário não havia sido transferida para o domínio público, nem o mesmo se encontrava privado do seu uso, mantendo a consigo, a possibilidade de dispor dos seus bens. Contudo, o TEDH veio a restrição se encontrava justificada à luz do segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 do CEDH, no qual se autoriza os Estados a procederem à regulamentação do uso dos bens, mediante a verificação dos requisitos da legalidade, da utilidade pública e da proporcionalidade. Nesse sentido, e verificando o respeito dos requisitos ínsitos no artigo suprarreferido, o Tribunal considerou que havia sido alcançado um “*justo equilíbrio*” entre o interesse geral e os requisitos de proteção do direito de propriedade do peticionário, inexistindo assim, qualquer violação do direito de propriedade, tal como este se encontra estabelecido à luz do artigo 1.º do Protocolo n.º1 da CEDH<sup>253</sup>.

O segundo dos casos mencionados – *Müller v. Austria*<sup>254</sup> – exemplifica a abrangência do conceito de “*bens*”, estendendo-o aos interesses económicos dos

---

<sup>251</sup> Cf. *Case of Mellacher v. Austria*, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 19<sup>th</sup> of 1989, parágrafo 13.

<sup>252</sup> Cf. *Case of Mellacher v. Austria*, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 19<sup>th</sup> of 1989, parágrafo 14: “*The Regional Civil Court (Landesgericht für Zivilrechtssachen) of Graz rejected the appeal on 18 February 1983. It did not consider it necessary to submit the matter to the Constitutional Court having regard to the Constitutional Court’s case-law on similar issues*”.

<sup>253</sup> Cf. *Case of Mellacher v. Austria*, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 19<sup>th</sup> of 1989, parágrafos 40 – 57.

<sup>254</sup> Cf. *Case of Müller v. Austria*, Application No. 5849/72, Council of Europe: European Commission of Human Rights, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77265>, acedido a 22/03/2016.

indivíduos. Com efeito, o direito à pensão por reforma engloba igualmente o direito de propriedade. No caso em questão, o peticionário, havia exercido a profissão de serralheiro na Áustria e no Luxemburgo, tendo realizado as contribuições obrigatórias para assegurar o seu direito à pensão de reforma. Quando o peticionário se empregou no Liechtenstein, as contribuições realizadas na Áustria durante 37 anos não eram suficientes para garantir o direito a auferir de uma pensão de reforma completa. Todavia, segundo a legislação austríaca, os trabalhadores que haviam contribuído anteriormente para o sistema de reforma estadual poderiam continuar a fazê-lo de forma voluntária. Nesse sentido, o peticionário apresentou o pedido relativo à continuidade do pagamento de contribuições voluntárias às autoridades relevantes, o qual foi deferido. Alguns anos após o deferimento do pedido, a Áustria e o Liechtenstein vieram a ratificar uma Convenção Sobre a Segurança Social, celebrada entre si, na qual se proibia o pagamento voluntário da contribuição para o sistema de reformas austríaco, por todos aqueles cujo pagamento da contribuição fosse obrigatório e devido às entidades do Liechtenstein. Prevvia-se ainda que o período de pagamento das contribuições voluntárias fosse somente contabilizado para efeitos da concessão de uma pensão suplementar.

Assim, parte das anteriores contribuições do peticionário somente foram tomadas em conta para a atribuição de uma pensão suplementar, coartando a expectativa de vir a auferir de uma pensão completa<sup>255</sup>.

À altura da sua aposentação, o peticionário viu a sua pensão de reforma reduzida e, após recorrer sem sucesso perante os tribunais internos, apresentou queixa contra o Estado austríaco perante a TEDH, alegando que o seu direito de propriedade havia sido violado<sup>256</sup>. Nas suas alegações, firmou que a perda parcial do direito a uma pensão de reforma completa e do pagamento das quantias provindas das suas contribuições constituíam uma violação do seu direito de propriedade, consubstanciando uma expropriação *de facto*.

---

<sup>255</sup> Cf. *Case of Müller v. Austria*, Application No. 5849/72, Council of Europe: European Commission of Human Rights, pags. 49 – 51.

<sup>256</sup> *Idem*.

Ao examinar os argumentos aduzidos pelo peticionário, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem observou que, em certas circunstâncias, as contribuições realizadas podem dar origem a um direito de propriedade que se constitui sobre certos ativos e que a permanência desse direito poderá depender da forma como tais ativos são geridos<sup>257</sup>, contudo, veio a rejeitar a queixa apresentada pelo peticionário, com base na ideia de que, embora o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH garanta o direito de determinada pessoa auferir de um rendimento, não assegura uma quantidade em particular desse rendimento<sup>258</sup>.

Como tivemos oportunidade de observar, o escopo material do direito de propriedade parece, portanto, estender-se às mais diversas realidades e interesses jurídicos e económicos. Além dos exemplos *supra* apresentados, outros podiam ser tomados para ilustrar a extensão do conceito<sup>259</sup>. Ainda assim, o direito de propriedade não se pode confundir com o direito, disposto para o futuro, de adquirir propriedade. Um e outro distinguem-se pelo facto do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 se referir somente à propriedade existente, ou possivelmente exigível, através da via judicial. A título de exemplo, a expectativa de vir herdar certa propriedade no futuro parece eximir-se ao direito de propriedade nos termos *supra* analisados<sup>260</sup>.

Neste mesmo sentido, é útil proceder à análise da posição do Tribunal de Estrasburgo, no caso *Marckx v. Belgium*<sup>261</sup>, referente à situação de uma cidadã belga que alegava que a lei belga que regia o estabelecimento da filiação de filhos “ilegítimos” limitava gravemente a capacidade da sua filha, vir a herdar o seu património ou o património de outros familiares, confluindo desta forma com o

---

<sup>257</sup> Na expressão *ipsis verbis* da Comissão, a mesma considerou que: “(...) *has already had the occasion to state that the duty to contribute to a social security scheme may, in certain circumstances, give rise to a property right over certain assets thus constituted and that the existence of such a right might depend on the way in which these assets were used for the payment of a pension*”. Cf. *Case of Müller v. Austria*, Application No. 5849/72, Council of Europe: European Commission of Human Rights, p. 53.

<sup>258</sup> Cf. *Case of Müller v. Austria*, Application No. 5849/72, Council of Europe: European Commission of Human Rights, p. 53.

<sup>259</sup> A título de exemplo, vide: *Case of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, Application no. 73049/01, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 11<sup>th</sup> of 2007, sobre o propriedade sobre as patentes.

<sup>260</sup> Em sentido coevo, vide CARSS-FRISK, Monica, (2001), *The right to property...*, Council of Europe, Belgium, p. 8.

<sup>261</sup> Cf. *Case of Marckx v. Belgium*, Appl. nos. 6833/74, Council of Europe: European Court of Human Rights, April 27<sup>th</sup> of 1979.

direito de propriedade inscrito no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>262</sup>. Do exame do TEDH resultou que o direito de propriedade: “(...) *does no more than enshrine the right of everyone to the peaceful enjoyment of "his" possessions, that consequently it applies only to a person's **existing possessions** and that it does not guarantee the right to acquire possessions whether on intestacy or through voluntary dispositions*” [destacado nosso]<sup>263</sup>.

A exigência acerca da necessidade da prévia existência de um “bem” tinha sido igualmente fixada pela Comissão Europeia dos Direitos do Homem no caso *X v. The Federal Republic of Germany*<sup>264</sup>. Neste caso, o peticionário, – um notário alemão – apresentando queixa perante a Comissão, alegou que o seu direito de propriedade havia sido violado pela introdução de um novo diploma legal na ordem jurídica alemã, que impunha a redução das taxas cobradas pelos notários relativamente a um conjunto determinado de pessoas e entidades – universitários, pessoas coletivas sem fins lucrativos, e instituições religiosas. Em alguns casos, o valor das taxas cobradas foi reduzido em 80%, relativamente àquele que era o valor anteriormente permitido por lei<sup>265</sup>.

Ao analisar a queixa apresentada pelo peticionário, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem entendeu que a mesma não era procedente, pelo facto de recair sobre a uma mera expectativa da lei não se alterar no futuro. Acrescentou ainda: “(...) *a notary's claim for fees can only be considered as possession in the meaning of this Article [Artigo 1.º do Protocolo n.º1] when such claim has in a particular matter come into existence on the ground of services rendered by the notary and on the basis of the existing regulations for notaries' fees*” [destacado nosso]<sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup> Cf. *Case of Marckx v. Belgium*, Appl. nos. 6833/74, Council of Europe: European Court of Human Rights, April 27<sup>th</sup> of 1979, parágrafos 8 – 21.

<sup>263</sup> Cf. *Case of Marckx v. Belgium*, Appl. nos. 6833/74, Council of Europe: European Court of Human Rights, April 27<sup>th</sup> of 1979, parágrafo 50.

<sup>264</sup> Cf. *Case of X v. the Federal Republic of Germany*, Application no. 8410/78, Council of Europe: European Commission of Human Rights, December 13<sup>th</sup> of 1979.

<sup>265</sup> Cf. *Case of X v. the Federal Republic of Germany*, Application no. 8410/78, Council of Europe: European Commission of Human Rights, December 13<sup>th</sup> of 1979, p. 217.

<sup>266</sup> Cf. *Case of X v. the Federal Republic of Germany*, Application no. 8410/78, Council of Europe: European Commission of Human Rights, December 13<sup>th</sup> of 1979, pp. 219 e 220.

Estes últimos exemplos apresentados permitem desta forma suportar a conclusão de que o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 somente tutela a propriedade existente, subtraindo do seu escopo todas as realidades que assentam em meras expectativas sobre a propriedade futura.

#### 4.1.1.1.2. Interferências no Direito de Propriedade: As Três Regras da Propriedade

A análise do escopo do direito de propriedade permitiu-nos compreender, em maior detalhe, a extensão do seu conteúdo e o âmbito da sua incidência, quer em termos temporais, pessoais, territoriais ou substantivos. Todavia é importante recordar que, à semelhança de qualquer outro direito, também o direito de propriedade não é absoluto. No seu plano conceptual, são conhecidas algumas limitações, as quais se prendem essencialmente com razões de utilidade pública e de interesse geral. Efetivamente, a letra do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH permite que, em determinados casos, as pessoas singulares ou coletivas possam ver o escopo do seu direito limitado na sua parte ou no seu todo.

As limitações a que se alude, – entendidas pelo TEDH como “*interferências*” ao direito de propriedade –, consubstanciam as “Três Regras da Propriedade” enunciadas na sua jurisprudência. Esta tese – *the three rules* – foi primeiramente sustentada no caso *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*<sup>267</sup>, no qual o TEDH afirmou que, perante uma possível interferência no direito de propriedade de outrem, deve ser realizada uma análise às três regras presentes no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, enunciando-as da seguinte forma: *i)* a primeira, enquanto regra de carácter geral, enuncia o direito ao usufruto pacífico dos bens – *peaceful enjoyment of property* –; *ii)* a segunda das regras, respeita à privação da propriedade, quando estejam observados determinados requisitos; *iii)* a terceira regra, contende com o direito que assiste aos Estados para procederem à regulamentação do uso da

---

<sup>267</sup> Cf. *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57580>, acedido a 24/03/2016.

propriedade, de acordo com o interesse geral, e através da aplicação das leis necessárias para atingir os objetivos que lhe subjazem<sup>268</sup>.

Como anteriormente observamos, a existência da propriedade é condição necessária para a aplicação do artigo n.º 1 do Protocolo n.º 1. Por esse motivo, à análise tendente à verificação da ocorrência de uma interferência antecede uma outra, concernente à existência de um direito ou interesse relativo à propriedade. Realizada esta primeira análise, o TEDH procede ao exame relativo à interferência, observando por qual das três regras enunciadas se vai aplicar ao caso concreto. Embora as três regras estejam interconectadas, a segunda regra, relativa à privação da propriedade, e a terceira regra, relativa ao controlo do uso dos bens, devem ser primeiramente consideradas e examinadas, atendendo à relação de especialidade que apresenta, face à primeira regra, que é de conteúdo geral. Por este motivo, o nosso estudo respeitará essa mesma ordem.

#### 4.1.1.1.2.1. Segunda regra – A privação da propriedade

A privação da propriedade, consagrada na segunda parte do primeiro parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, dispõe que: “*Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por **utilidade pública** e nas **condições previstas por lei e pelos princípios gerais do direito internacional***” [destacado nosso]. Esta regra aplica-se, em geral, às expropriações, embora não se esgote nesse plano.

À luz da jurisprudência do TEDH, o exame relativo à verificação da expropriação deve considerar não apenas os seus aspetos formais, pautados sobretudo pela transferência de propriedade, mas também aos seus elementos materiais, *i.e.*, às expropriações *de facto*. O referência à expropriação *de facto* foi introduzida pela jurisprudência do TEDH no caso *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* e no caso *The Former King of Greece and Others v. Greece*<sup>269</sup>, nos quais se observou

---

<sup>268</sup> Cf. *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 61.

<sup>269</sup> Cf. *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, e *Case of The Former King of Greece and Others v. Greece*, Application no. 25701/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, November 23<sup>rd</sup> of 2000, respetivamente.

a necessidade de examinar não apenas a existência de uma expropriação formal ou de uma transferência de propriedade, mas igualmente de examinar todos os contornos do caso concreto, a fim de indagar pelos factos que contribuam para a existência de uma expropriação *de facto*<sup>270</sup>. Esta referência reporta-se assim a uma aquisição material da propriedade, independentemente de afetar ou não o título jurídico do proprietário original. Visa-se assim acautelar as situações que constituem uma expropriação ainda que, formalmente, não seja como tal classificadas.

O caso *Papamichalopoulos v. Greece*<sup>271</sup> é exemplo paradigmático naquilo que respeita ao conceito e ao entendimento que o TEDH deixou firmado em relação à expropriação *de facto*. Neste caso, os peticionários, cidadãos gregos, detinham uma parcela de terreno numa zona costeira de Ática, na Grécia, para a qual tinham obtido, por parte do Ministério do Turismo grego, uma autorização para construção de um complexo hoteleiro<sup>272</sup>. Em 1967, período no qual se instituiu uma ditadura militar na Grécia, a Marinha grega adquiriu, por transferência do Estado, parte do terreno dos peticionários, nele tendo iniciado obras, as quais visavam a fixação de uma base naval e de uma estância de férias para os oficiais militares. Recorrendo perante o Tribunal de Primeira Instância de Atenas, os peticionários requereram que fosse revertida a decisão do Estado. Apesar das várias e subsequentes ações intentadas nos tribunais gregos, e da proposta apresentada pelo Ministro da Defesa, que tinha como intuito proceder à atribuição de parcelas de terreno de igual valor, os peticionários não obtiveram qualquer compensação, tendo o Tribunal de Primeira Instância de Atenas suspendido os

---

<sup>270</sup> Considera o TEDH que “*In the absence of a formal expropriation, that is to say a transfer of ownership, the Court considers that it must look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of. Since the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”, it has to be ascertained whether that situation amounted to a de facto expropriation, as was argued by the applicants*”. Cf. *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 63. No mesmo sentido, vide: Anemari-Iuliana Opritoiu (2012), *Protection of the Right of Property and De Facto Expropriation According to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. The International Conference Education and Creativity for a Knowledge Based Society – LAW, 2012, Titu Maiorescu University, pag. 5.

<sup>271</sup> Cf. *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 24<sup>th</sup> of 1993.

<sup>272</sup> Cf. *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 24<sup>th</sup> of 1993, parágrafo 6.



pedidos de indemnização pelos danos causados através da privação do uso da propriedade<sup>273</sup>.

Chamado a pronunciar-se, o TEDH principiou por examinar o âmbito da sua competência temporal e da própria natureza da interferência realizada pelo Estado grego relativamente à propriedade dos peticionários. Concluiu pela violação contínua do direito de propriedade, iniciada em 1967, que se prolongava até à presente data<sup>274</sup>.

Percorrendo a análise das regras ora mencionadas, o Tribunal de Estrasburgo concluiu que o caso não se subsumia a um controlo do uso da propriedade – terceira regra. Do mesmo modo, verificou que formalmente o terreno em questão não tinha sido expropriado, mantendo-se o título jurídico de proprietário nos peticionários. Não obstante, segundo o seu entendimento, os direitos consagrados na CEDH aplicam-se num plano concreto e de forma eficaz, contraposto ao plano meramente formal<sup>275</sup>, permitindo assim estabelecer-se o entendimento de que a atuação do Estado grego consubstancia uma expropriação *de facto*<sup>276</sup>.

Esta conclusão suporta-se no facto de que, em 1967, através de uma lei aprovada pelo regime militar, a Marinha grega apoderou-se de uma parcela substancial do terreno pertencente aos peticionários, na qual construiu uma base naval e uma estância de férias para os seus oficiais, impossibilitando os proprietários de lhe dar qualquer uso ou de praticar qualquer ato de disposição,

---

<sup>273</sup> Cf. *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 24<sup>th</sup> of 1993, parágrafos 14 – 25.

<sup>274</sup> O Tribunal acrescenta que: “Admittedly, Greece did not recognise the Commission’s competence to receive “individual” petitions (under Article 25) (art. 25) until 20 November 1985 and then only in relation to acts, decisions, facts or events subsequent to that date but the Government did not in this instance raise any preliminary objection in this regard and the question does not call for consideration by the Court of its own motion. The Court notes merely that the applicants’ complaints relate to a continuing situation, which still obtains at the present time.” Cf. *Case of Papamichalopoulos and Others v. Greece*, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 24<sup>th</sup> of 1993, parágrafo 40.

<sup>275</sup> Sobre o plano concreto e a forma eficaz da interpretação realizada pelo TEDH, vide J. G. Merrills, (1995), *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 2<sup>nd</sup> Edition, Manchester University Press, pp. 98 e seguintes.

<sup>276</sup> Neste sentido, o TEDH concluiu da seguinte forma: “Since the Convention is intended to safeguard rights that are “practical and effective”, it has to be ascertained whether the situation complained of amounted nevertheless to a *de facto* expropriation (...)”. Cf. *Case of Papamichalopoulos and Others V. Greece*, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 24<sup>th</sup> of 1993, parágrafo 42.

v.g. venda, doação, arrendamento, etc. O TEDH observou, com razão, que às graves consequências advindas desta impossibilidade de disposição consubstanciou-se uma expropriação *de facto*, manifestamente incompatível com o direito de propriedade e direito de que os peticionários têm de verem respeitados os seus bens<sup>277</sup>.

Ao longo dos vários casos que, com respeito ao assunto em questão, compõem a jurisprudência do TEDH, tem-se afirmado o princípio de que os aspetos materiais devem, a par os aspetos formais, ser tomados em consideração para a verificação da ocorrência de uma expropriação *de facto*. Essa mesma orientação foi observada no caso *Brumărescu V. Romania*, o qual incide sobre a nacionalização de um imóvel para habitação<sup>278</sup>.

O caso ora em análise remonta a 1939, data na qual os pais do peticionário haviam construído o referido imóvel para habitação. Através da introdução de um decreto legislativo, o Estado romeno procedeu à nacionalização deste imóvel, no ano de 1950, sem que os proprietários fossem informados das bases legais que a justificavam<sup>279</sup>. Mais tarde, já em 1978, o imóvel foi vendido pelo Estado a dois irmãos, que outrora haviam sido arrendatários do mesmo. Dois outros intervenientes herdaram-no em 1988, sendo que no ano de 1997, existia apenas uma única herdeira do imóvel<sup>280</sup>.

Em 1993, o peticionário – descendente dos proprietários originários – instaurou, no Tribunal de Primeira Instância de Bucareste, uma ação judicial visando a recuperação do imóvel em questão. Ao abrigo de uma disposição que impossibilitava o Estado de nacionalizar os imóveis cujos proprietários se encontrassem desempregados, o peticionário requereu que a sua anulação e consequente invalidade dos efeitos jurídicos posteriores<sup>281</sup>. Reconhecendo o

---

<sup>277</sup> Cf. *Case of Papamichalopoulos and Others V. Greece*, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 24<sup>th</sup> of 1993, parágrafo 43.

<sup>278</sup> Cf. *Case of Brumărescu v. Romania*, Application no. 28342/95, Council of Europe: European Court of Human Rights, October 28<sup>th</sup> of 1999, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337>, acedido a 30/04/2016.

<sup>279</sup> Sobre as circunstâncias do caso, vide *Case of Brumărescu v. Romania*, Application no. 28342/95, Council of Europe: European Court of Human Rights, October 28<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 11 – 13.

<sup>280</sup> Idem.

<sup>281</sup> Cf. *Case of Brumărescu v. Romania*, Application no. 28342/95, Council of Europe: European Court of Human Rights, October 28<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 14 – 25.

fundamento das alegações do peticionário, aquele tribunal ordenou às autoridades administrativas que procedessem à restituição do imóvel em causa<sup>282</sup>. Após ter-lhe sido restituído o imóvel, o peticionário efetuou o pagamento dos impostos devidos.

Contudo, volvidos dois anos sobre a restituição, o Procurador-Geral do Estado Romeno, atuando no interesse dos anteriores arrendatários aos quais foi o imóvel foi posteriormente vendido, instaurou, perante o Supremo Tribunal de Justiça, uma ação declaratória de anulação da decisão judicial do Tribunal de Primeira Instância, por considerar que este não possuía competência para proceder ao julgamento. A ação foi julgada procedente e foi decidida a anulação da decisão judicial do Tribunal de Primeira Instância com base na inexistência de um título jurídico que aferisse pela qualidade de proprietário do peticionário. Desta decisão resultou a restituição do imóvel aos anteriores proprietários, que o haviam comprado ao Estado<sup>283</sup>.

Chamado a pronunciar-se sobre o caso em apreço, o TEDH observou que a decisão do Tribunal de Primeira Instância romeno produziu efeitos jurídicos relevantes. Em primeiro lugar, através dela, reconheceu-se que a nacionalização operada não era conforme à lei aplicável ao caso; em segundo, reconheceu-se que o peticionário é o legítimo sucessor dos proprietários originais; e por último, em resultado dos efeitos retroativos produzidos pela decisão judicial, o peticionário figurava como legítimo proprietário do imóvel<sup>284</sup>. Observados todos estes aspetos, o Tribunal de Estrasburgo considerou existir um bem – *o imóvel* – tutelado pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, inscrito na esfera jurídica do peticionário. Com a decisão de anulação da decisão judicial do Tribunal de Primeira Instância, o Supremo Tribunal de Justiça veio a interferir com o direito de propriedade do peticionário, uma vez que o mesmo ficou impossibilitado de usar ou dispor do bem em causa. Ao proceder ao exame sobre a interferência observada, o TEDH

---

<sup>282</sup> Idem.

<sup>283</sup> Idem.

<sup>284</sup> Cf. *Case of Brumărescu v. Romania*, Application no. 28342/95, Council of Europe: European Court of Human Rights, October 28<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 69 e 70.

reafirmou que não basta atender aos aspetos formais do caso, mas há que analisar igualmente os aspetos materiais que o regem<sup>285</sup>.

Nesse sentido, e perante a ausência de uma transferência formal de propriedade, a conclusão para observância de uma expropriação *de facto* é uma questão de matéria de facto e intensidade<sup>286</sup>. No caso em análise, observou-se existir uma violação ao direito de propriedade do peticionário, baseada na consideração de que a privação de propriedade ocorreu sem que o interesse público fosse demonstrado, o que levou a um desequilíbrio injustificado entre tal requisito e os direitos fundamentais do peticionário<sup>287</sup>.

No plano exterior ao Conselho da Europa, e em particular à CEDH, a abordagem relativa ao exame que se acaba de realizar coincide com a posição comumente assumida no direito internacional. Na decisão do Tribunal Arbitral Irão-EUA, relativa ao caso *Amoco International Finance Corp. V. Islamic Republic of Iran*, é afirmado que o direito internacional reconhece que as medidas adotadas pelos Estados são suscetíveis de interferir com o direito de propriedade dos indivíduos de tal forma que podem esvaziar de sentido o conteúdo desse direito, levando a que se assista a uma expropriação *de facto*, ainda que o Estado não atue nesse mesmo propósito e o título legal permaneça formalmente na esfera jurídica do proprietário original<sup>288</sup>. Também aqui, para que a privação ocorra, é necessário que estejam verificados requisitos semelhantes àqueles que analisamos. Nesse sentido, a verificação de um interesse geral, a conformação com a lei em vigor, o

---

<sup>285</sup> Na orientação do TEDH: “*The Court recalls that in determining whether there has been a deprivation of possessions within the second “rule”, it is necessary not only to consider whether there has been a formal taking or expropriation of property but to look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of.*” Cf. *Case of Brumărescu v. Romania*, Application no. 28342/95, Council of Europe: European Court of Human Rights, October 28<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 76.

<sup>286</sup> Cf. *Case of Brumărescu v. Romania*, Application no. 28342/95, Council of Europe: European Court of Human Rights, October 28<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 76.

<sup>287</sup> Cf. *Case of Brumărescu v. Romania*, Application no. 28342/95, Council of Europe: European Court of Human Rights, October 28<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 76 a 80.

<sup>288</sup> Concretamente, foi estabelecido pelo Tribunal Arbitral Irão-EUA que: “*(...) it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner*”. Cf. *Case of Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran–United States Claims Tribunal, Award No. 310-56-3, July 14<sup>th</sup> of 1987, parágrafo 294, disponível para consulta em <http://www.jstor.org/stable/20692761>, acedido a 28/03/2016.

respeito pelo princípio da proporcionalidade, o respeito aos princípios gerais de direito internacional, e o pagamento de uma compensação, são elementos justificativos da interferência no direito de propriedade no plano da arbitragem internacional, que coincidem, em grosso modo, com os elementos justificativos insertos na CEDH<sup>289</sup>.

#### 4.1.1.1.2.2. Terceira regra – Regulamentação e controlo do uso da propriedade

A terceira regra diz respeito ao controlo sobre o uso da propriedade. Esta encontra-se prevista no segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, o qual dispõe que os Estados podem “(...) pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas”.

Desta disposição resulta que a regulamentação – ou controlo – do uso da propriedade deve observar tomar por base certos princípios, entre os quais se enuncia: o princípio da legalidade; o princípio da proporcionalidade – do qual resultam os corolários da necessidade e adequação –, e o princípio do interesse geral. O primeiro destes princípios exige que a regulamentação do uso da propriedade tenha um fundamento legal, firmado no primado do direito, visando opor-se assim ao arbítrio dos Estados. O segundo princípio assenta na consideração de restrição é necessária para que se atinja uma determinada finalidade, devendo, em todo o caso, recorrer a um meio idóneo e apto a satisfazer tal finalidade. O último requisito deve ser entendido em sentido *lato*, pois a lei que permite a regulamentação deste uso tem sempre um conjunto de fins em vista, quer sejam gerais, como o interesse geral, quer sejam concretamente delimitados, como o pagamento de impostos, contribuições ou multas. Adiante veremos que a

---

<sup>289</sup> O respeito pelos princípios gerais do direito internacional é, segundo Anemari-Iuliana Opritoiu, um mecanismo adicional de segurança que visa impedir que a expropriação se proceda de forma arbitrária à luz do direito interno de cada Estado. Neste sentido, *vide* OPRITOIU, Anemari-Iuliana (2012), *Protection of the Right of Property and De Facto Expropriation According to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, The International Conference Education and Creativity for a Knowledge Based Society – LAW, 2012, Titu Maiorescu University, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2229435>, acedido a 25/03/2016.

CEDH, atendendo aos princípios norteadores que regem a sua construção, prevê um quarto requisito quanto às restrições, assente no pagamento de um montante indemnizatório.

A terceira regra não se confunde com aquela que anteriormente analisámos. Com efeito, ambas partilham a característica de se aplicarem aos casos em que ocorre uma interferência no direito de propriedade, distinguindo-se pelo seu grau de intensidade. Enquanto na segunda regra está em causa a privação total do uso e disposição da propriedade, na regra em apreço assiste-se a um controlo do seu uso, o que, não obstante de configurar uma interferência no direito de propriedade dos indivíduos permite-lhes, ainda assim, continuar a fruir e dispor dos seus bens, ainda que de modo mais limitado.

Alguns dos casos anteriormente observados – *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*; *Pine Valley Developments Ltd v. Ireland*; *Mellacher v. Austria*<sup>290</sup> – incidem precisamente sobre a regulamentação do uso da propriedade. Sem prejuízo de adiante analisarmos com maior detalhe os requisitos que justificam as interferências ao direito de propriedade, observemos em que moldes se aplica a regra ora em análise. O caso *Handyside v. The United Kingdom* contém várias particularidades que merecem a nossa atenção, não apenas porque ilustra o âmbito de aplicação da regra ora em presença, mas também permite que se observe a sua fronteira com as demais regras enunciadas<sup>291</sup>.

O caso incide sobre o confisco de várias cópias de um livro. A publicação do livro *The Little Red Shoolbook* foi alvo de várias críticas por conter imagens obscenas, motivando a apresentação de várias queixas perante as autoridades britânicas, das quais foi solicitada a abertura de vários inquéritos por parte de um Procurador-Geral britânico. Em virtude do decurso dos inquéritos entretanto abertos, e após conceder-se judicialmente um mandado de busca e apreensão,

---

<sup>290</sup> Vide respetivamente: *case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982; *case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, Application No. 12742/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, November 29<sup>th</sup> of 1991; e *case of Mellacher v. Austria*, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 19<sup>th</sup> of 1989.

<sup>291</sup> Cf. *case of Handyside v. The United Kingdom*, Application n. 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 December 1976, disponível para consulta em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>, acedido a 01/04/2016.

foram provisoriamente confiscadas várias cópias do livro e outros documentos<sup>292</sup>. Não obstante, o livro continuou a ser distribuindo, o que motivou um novo mandado judicial para a busca e apreensão dos exemplares, os quais foram imediatamente confiscados<sup>293</sup>. Requerida a suspensão da publicação do livro através de uma medida cautelar intentada pelo Procurador-Geral, o tribunal de primeira instância veio deferir o pedido, impedindo, enquanto medida provisória, que mais cópias fossem publicadas, não obstante daquelas que já se encontravam em circulação.

Na continuação deste processo, o tribunal veio posteriormente a condenar o peticionário ao pagamento de custas judiciais, pronunciando-se igualmente pela destruição dos livros confiscados. O peticionário recorreu para um tribunal superior requerendo, sem sucesso, a anulação da decisão anterior<sup>294</sup>. Desta segunda decisão, que veio a manter a anterior, não houve recurso e o caso foi diretamente apresentado ao TEDH.

Ao examinar pelo direito à propriedade do peticionário, o Tribunal procedeu a uma diferenciação, primeiramente centrada nas medidas provisórias e posteriormente na decisão definitiva de destruição das cópias do livro. Quanto às medidas provisórias, o TEDH considerou que, tratando-se de medidas que, embora privassem o peticionário do uso da sua propriedade, não operaram a uma transferência formal, ou informal, do titular do direito, sobretudo pela possibilidade acrescida deste voltar a ter a sua propriedade em caso de absolvição, pelo que havia de se concluir que a segunda regra enunciada – a privação da propriedade – não era aplicável à situação em apreço<sup>295</sup>. Por outro lado, admite que a situação ora em análise cai no âmbito da terceira regra, relativa à

---

<sup>292</sup> Cf. *case of Handyside v. The United Kingdom*, Application n. 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 7<sup>th</sup> of 1976, parágrafos 9 – 15.

<sup>293</sup> *Idem*.

<sup>294</sup> Cf. *case of Handyside v. The United Kingdom*, Application n. 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 December 1976, parágrafos 17 a 19.

<sup>295</sup> A posição do TEDH é clara: “The seizure complained of was provisional. It did no more than prevent the applicant, for a period, from enjoying and using as he pleased possessions of which he remained the owner and which he would have recovered had the proceedings against him resulted in an acquittal. In these circumstances, the Court thinks that the second sentence of the first paragraph of Article 1 (P1-1) does not come into play in this case”. Cf. *case of Handyside v. The United Kingdom*, Application n. 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 7<sup>th</sup> of 1976, parágrafo 62.

regulamentação do uso dos bens, prevista no último parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1. Nestes termos, as interferências somente são justificáveis quando a regulamentação do uso dos bens presida uma necessidade relativa a um interesse geral, e sejam observados os demais requisitos relativos à legalidade e proporcionalidade.

Quanto ao primeiro destes requisitos, o Tribunal considerou que, atenta a necessidade de se protegerem os valores morais de uma sociedade, a regulamentação da propriedade, consubstanciada numa privação temporária da propriedade, sem perda da titularidade do direito, é um meio considerado adequado, tendo-se por justificada a restrição observada<sup>296</sup>. Questão mais controversa tem a ver com a destruição das cópias. A apreensão destas cópias e a sua consequente destruição representa uma ingerência no direito de propriedade do peticionário, privando-o em definitivo do uso dos seus bens. Aquando da análise sobre esta ingerência, o TEDH reconheceu que, da aplicação da sentença do tribunal inglês, o peticionário ficou definitivamente privado da sua propriedade. Contudo, esta privação foi subsumida à previsão normativa desta terceira regra, expressa no segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH. Observando pelos seus elementos, considerou-se que a restrição tem-se por justificada uma vez que a decisão do tribunal inglês tinha apoio na lei, foi adotada em respeito pelo princípio da legalidade, e tinha por objetivo salvaguardar o interesse geral da sociedade<sup>297</sup>.

Todavia, esta última análise do TEDH não é inteiramente pacífica e insuscetível de críticas. Na opinião do Juiz Mehmed Zekia, ainda que a proteção dos valores morais de uma sociedade seja, sem qualquer dúvida, uma justificação válida, a interferência observada aquando da ordem de apreensão e destruição dos livros, ajusta-se melhor à primeira regra *infra* analisada, do que em qualquer

---

<sup>296</sup> Cf. *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Application n. 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 7<sup>th</sup> of 1976, parágrafo 62.

<sup>297</sup> O TEDH referiu: “However, these measures were authorised by the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1), interpreted in the light of the principle of law, common to the Contracting States, where under items whose use has been lawfully adjudged illicit and dangerous to the general interest are forfeited with a view to destruction.” Cf. *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Application n. 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 7<sup>th</sup> of 1976, parágrafo 63.



outra<sup>298</sup>. Sem discordar dos fundamentos, o Juiz considera que a situação deve ser analisada ao abrigo da primeira regra, enunciada na primeira frase do primeiro parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, a qual dispõe da seguinte forma: *“Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens”*.

Por nossa parte, entendemos que esta deve ser a orientação seguida. Em primeiro lugar, e como se verá adiante, a primeira regra tem um âmbito mais *lato*, englobando todas as situações que não se adaptam às restantes regras. Como vimos, a segunda regra está estruturada para os casos que se relacionam com a expropriação, tanto formal quanto *de facto*, enquanto a terceira regra se adequa sobretudo aos casos onde existe um efetivo controlo da propriedade, mas onde não se assiste, por norma, à privação dos bens. Por outro lado, a diferenciação das situações, patente na decisão no TEDH, evidencia que as mesmas comportam diferenças substanciais, as quais – a nosso ver – não podem subsumir-se à aplicação uniforme da segunda regra.

#### 4.1.1.1.2.3. Primeira regra – direito ao usufruto pacífico dos bens

A primeira regra encontra-se consagrada na primeira frase do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, a qual refere que: *“Qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens”*. Está é, das três regras relativas às restrições, aquela que possui uma natureza mais abstrata e geral, aplicando-se a todos os casos que não recaiam no âmbito das demais<sup>299</sup>. Dessa forma, e porque tais regras contêm maiores especificidades, o TEDH, ao examinar qualquer caso que se relaciona com as ingerências que ocorram na propriedade das pessoas singulares ou coletivas, toma primeiramente em consideração a segunda e a terceira regra e só

---

<sup>298</sup> Justificando a sua opinião, o referido juiz afirma: *“In ascertaining the legality of the order of forfeiture and the destruction of the items involved, in my view, the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) fits in more precisely than any other paragraph of the Protocol.”* Cf. *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Application n. 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 7<sup>th</sup> of 1976.

<sup>299</sup> Neste sentido, vide GRGIÆ, A., MATAGA, Z. and VILFAN A., (2007), *The right to property under the European Convention on Human Rights ...*, Council of Europe, Belgium, p. 13.

depois a primeira. A amplitude daquelas regras implica a reduzida aplicação desta primeira<sup>300</sup>.

Em todo o caso, é possível extrair-se, da jurisprudência do TEDH, exemplos nos quais se observa a aplicação desta regra. Os casos *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*<sup>301</sup>, e *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*<sup>302</sup>, ilustram o âmbito de aplicação da regra ora em análise.

O primeiro dos casos acima mencionados articula a expropriação de bens imóveis com a primeira regra do artigo 1.º do Protocolo n.º 1. O caso reporta-se ao período imediato que sucedeu à segunda grande guerra, no qual a Suécia procurou reconstruir as regiões urbanas mais afetadas, encetando para tal finalidade, um conjunto de normas que autorizavam os Conselhos Municipais – em particular o Conselho Municipal de Estocolmo – a expropriar os bens imóveis em zonas previamente delimitadas<sup>303</sup>. Os planos de requalificação urbana, denominados “City 62” e “City 67”, abrangiam os bens imóveis dos peticionários, correspondentes a dois prédios urbanos, sobre os quais haviam sido construídos três edifícios<sup>304</sup>. De acordo com os planos de requalificação, o Governo sueco estabeleceu uma data limite para que o Conselho Municipal de Estocolmo procedesse à instituição do processo judicial, em vista da fixação de um montante indemnizatório devido pela expropriação<sup>305</sup>. Contudo, o prazo inicial de 5 anos para encetar estes procedimentos estendeu-se múltiplas vezes: primeiro, por mais cinco anos, depois, por mais dez anos<sup>306</sup>.

Durante o período em causa, foi ainda imposta aos peticionários uma proibição de construir ou modificar a propriedade, impedindo-os de procederem a

---

<sup>300</sup> Idem.

<sup>301</sup> Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982.

<sup>302</sup> Vide *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994.

<sup>303</sup> Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafos 26 – 30.

<sup>304</sup> Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafos 10 e 19.

<sup>305</sup> Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 11.

<sup>306</sup> Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafos 11 – 18.

modificações ou alterações de qualquer ordem<sup>307</sup>. Ao fim de mais de duas décadas, o Conselho Municipal de Estocolmo obliterou a autorização que lhe permitia proceder às referidas expropriações.

Perante o TEDH, os peticionários alegaram que a concessão das licenças para instituir os processos judiciais relativos às expropriações a realizar, conjuntamente com a proibição de construir ou modificar os bens imóveis em questão, afetaram os seus direitos de propriedade, em particular os direitos relativos ao usufruto pacífico dos seus bens, em conformidade com o disposto no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>308</sup>. Ao proceder à análise de um caso, o TEDH principiou por verificar da existência de uma interferência no direito de propriedade dos peticionários, para depois proceder ao exame dos seus requisitos justificativos.

Assim, observou que a autorização relativa ao adiamento da instituição dos procedimentos judiciais tendentes à expropriação influiu no usufruto pacífico dos bens dos peticionários, na exata medida em que o seu direito de propriedade tornou-se precário<sup>309</sup>. Acresce que a proibição de construção e de modificação da sua propriedade constitui uma restrição do direito de propriedade e do seu usufruto<sup>310</sup>. Relativamente às causas justificativas, principiou-se por observar a possível aplicação da segunda e da terceira regra, tendo em consideração a sua especificidade<sup>311</sup>. A segunda regra, relativa à privação dos bens, não é aplicável, uma vez que, apesar do direito de propriedade dos peticionários ter-se tornado precário e diminuto, não existe uma transferência formal ou *de facto* da sua propriedade para a titularidade de uma outra pessoa, coletiva ou singular. Desta

---

<sup>307</sup> Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafos 16 – 18, e 23 – 25.

<sup>308</sup> Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 56.

<sup>309</sup> Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 60.

<sup>310</sup> Idem.

<sup>311</sup> O TEDH determina que se observem a segunda e a terceira regra, antes de se proceder ao exame relativo à primeira regra. Assim, afirma expressamente que: “*The Court must determine, before considering whether the first rule was complied with, whether the last two are applicable.*” Vide *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 61.

forma, os bens dos peticionários permaneceram na sua titularidade, obstando à aplicação da segunda regra<sup>312</sup>.

Quanto à terceira regra, atinente à regulamentação ou controlo do uso da propriedade, o TEDH observou, de modo particularmente pragmático, que ainda que as proibições de proceder a modificações sobre as estruturas dos edifícios se relacionem diretamente com um controlo sobre o uso da propriedade, as licenças iniciais de expropriação não tinham como objeto limitar ou controlar a propriedade. A seu ver, tais licenças constituem o primeiro momento de um processo tendente à privação da propriedade, o qual não se coaduna com a aplicação da terceira regra *supra* anunciada<sup>313</sup>.

Não sendo a segunda e a terceira regras subsumíveis ao caso concreto, abre-se espaço à aplicação da primeira regra, da qual resulta que “*qualquer pessoa singular ou colectiva tem direito ao respeito dos seus bens*”. Não obstante do carácter *lato* da norma, o TEDH entendeu que, ao aplicar esta regra, é igualmente necessário, à semelhança das anteriores regras, proceder à ponderação dos interesses em presença, procurando alcançar um “*justo equilíbrio*” entre os interesses gerias e os requisitos de proteção do direito de propriedade dos peticionários – requisito transversal em toda a lógica construtiva da CEDH<sup>314</sup>.

No caso ora em análise, o Tribunal considerou ser natural que, nos planos de requalificação de grandes cidades e áreas, os Estados-membros possuam uma ampla margem de apreciação no que respeita à ponderação dos interesses públicos<sup>315</sup>. Não obstante, o justo equilíbrio suprarreferido somente é alcançável quando as normas que autorizam o processo de expropriação demonstrem acautelar devidamente os interesses dos indivíduos<sup>316</sup>. Ao não contemplar a

---

<sup>312</sup> Vide *Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafos 62 – 65.

<sup>313</sup> Nas palavras do TEDH: “*On the other hand, the expropriation permits were not intended to limit or control such use. Since they were an initial step in a procedure leading to deprivation of possessions, they did not fall within the ambit of the second paragraph. They must be examined under the first sentence of the first paragraph*”. Vide *Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafos 64 e 65.

<sup>314</sup> Neste sentido, vide *Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 69.

<sup>315</sup> Idem.

<sup>316</sup> Idem.

existência de quaisquer mecanismos que possibilitassem aos peticionários modificar a posição jurídica em que se encontravam os seus bens – através de um eventual recurso da decisão, a título de exemplo –, o TEDH considerou que a lei sueca que autoriza o processo de expropriação demonstrou ser inflexível, não apenas porque criou, na esfera jurídica dos peticionários, uma situação de incerteza jurídica quanto ao destino de tais bens, a qual foi adensada pelas sucessivas dilações temporais de tais autorizações<sup>317</sup>, como também impossibilitou a realização de reavaliações periódicas, que dessa forma poderiam ter acautelado os interesses dos proprietários<sup>318</sup>.

Para firmar este juízo, foram igualmente consideradas as proibições de construção ou de modificação das estruturas dos bens imóveis, mormente dos edifícios, cuja duração afetou o conteúdo essencial do direito de propriedade dos peticionários. Ao longo de um período de 25 anos e 12 anos, nos respetivos casos, os peticionários – *Sporrong Estate* e *Lönnroth*, respetivamente – viram-se impedidos de usufruir dos bens que integravam o seu direito de propriedade<sup>319</sup>. Considerados os factores em presença – a prolongada autorização para o processo de expropriação e a proibição de construção ou modificação dos imóveis –, o TEDH foi consistente em observar pela aplicação da primeira regra, denotando que a atuação das autoridades suecos impossibilitou o alcance de um “*justo equilíbrio*”, levando os proprietários a ter de suportar um encargo excessivo<sup>320</sup>.

Já anteriormente analisado, o caso *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece* ilustra igualmente o âmbito de aplicação da regra presentemente em análise. Vimos que o caso reporta-se aos inícios da década de setenta do século passado, aquando da celebração de um contrato entre o Estado

---

<sup>317</sup> O Tribunal acrescenta ainda que o indeferimento do pedido de um dos peticionários, que visava revogar a autorização de expropriação, fez transparecer o carácter inflexível da lei sueca, especialmente em consideração de que esta não contemplava qualquer possibilidade de derrogar as autorizações já concedidas. *Vide Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 70.

<sup>318</sup> Cfr. *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 70.

<sup>319</sup> Cfr. *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafos 71 e 72.

<sup>320</sup> Mais que atender ao prejuízo efetivamente causado, o TEDH considera que é importante tomar em consideração a situação dos peticionários, a qual requiere um equilíbrio que já não é possível encontrar. Cfr. *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 73.

Grego e Stratis Andreadis, que visava a construção de uma refinaria de petróleo<sup>321</sup>. Nos termos do contrato, o Estado Grego obrigou-se à aquisição de um terreno sobre o qual haveria de ser instalada a refinaria. Contudo, e apesar de ter expropriado um terreno para a finalidade pretendida, o Estado Grego restituiu o imóvel ao expropriado, entrando em incumprimento com a obrigação contratualmente assumida. Acresce que as autoridades estaduais emitiram uma ordem de suspensão e cessação dos trabalhos de construção da refinaria<sup>322</sup>. Após um conturbado período político que culminou na queda do regime militar grego, instaurando a Democracia, o Estado, tendo por base uma lei de valor reforçado relativa à cessação dos contratos preferenciais, convidou o peticionário a encetar negociações, considerando que o contrato em causa lesava os interesses estaduais. Não se tendo o peticionário pronunciado, o Comité do Ministério da Economia, cessou o contrato unilateralmente<sup>323</sup>.

Embora não contestasse a cessação do contrato, o peticionário apresentou uma ação junto do Tribunal de Primeira Instância de Atenas, requerendo o pagamento de uma compensação pelas despesas incorridas em vista da execução do contrato<sup>324</sup>. Suscitando a incompetência judicial do Tribunal de Primeira Instância de Atenas, o litígio foi apresentado perante um tribunal arbitral, em cumprimento da cláusula arbitral relativa à fixação da competência jurisdicional exclusiva para os litígios resultantes do contrato. O tribunal arbitral pronunciou-se no sentido de que o Estado deveria suportar 70% das custas a que o peticionário incorreu<sup>325</sup>. Recorrendo da decisão do tribunal arbitral, o litígio surgiu novamente

---

<sup>321</sup> Vide *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 7 e 8.

<sup>322</sup> Embora o peticionário apresentasse, junto das autoridades competentes, um pedido de autorização para a prossecução dos trabalhos, este foi indeferido. Vide *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 7 e 8.

<sup>323</sup> Idem.

<sup>324</sup> Englobam-se, nas despesas incorridas pelo peticionário, todas aquelas que derivam da proibição da continuação dos trabalhos; da demora na expropriação do terreno e consequente devolução; do valor pecuniário prestado a título de caução às autoridades gregas; e das taxas fiscais pagas ao Banco Comercial da Grécia. Cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafo 10.

<sup>325</sup> Quanto à decisão do tribunal arbitral: “On the merits, the arbitration court relied on the evidence adduced by the parties before the Athens Court of First Instance on 10 November 1978. It found that responsibility for the losses sustained by Stran was shared - 70% for the State and 30% for the company.” Cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No.

perante o Tribunal de Primeira Instância de Atenas, em sede de recurso, o qual manteve a decisão do tribunal arbitral, rejeitando o pedido do Estado grego em declarar nula a cláusula contratual relativa à fixação da competência territorial<sup>326</sup>. O litígio seguiu ainda para o Tribunal da Relação, o qual manteve a decisão do Tribunal de Primeira Instância de Atenas<sup>327</sup>. Ainda em sede de recurso, o litígio foi levado perante o Supremo Tribunal, o qual se pronunciou pela anulabilidade da decisão do Tribunal da Relação, bem como pela nulidade da decisão arbitral<sup>328</sup>.

Ao analisar os casos que lhes são presentes, o TEDH segue um conjunto de etapas tendentes à verificação da violação dos direitos consagrados na CEDH. Como enunciámos anteriormente, no que respeita ao direito de propriedade, esta análise principia com a aferição da existência de um “bem” que possa integrar o direito de propriedade para os devidos efeitos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH; à qual se segue o exame relativo à ocorrência de uma interferência nesse direito; terminando depois por indagar pelo tipo de interferência verificada e pelo cumprimento dos requisitos que a possam justificar.

No caso *supra* apresentado, quanto ao primeiro aspeto, no seguimento daquilo que expusemos anteriormente, o TEDH considerou que, sendo a decisão arbitral, à luz do direito grego, uma decisão final e vinculativa para as partes, o montante indemnizatório nela fixado constitui um direito de propriedade que se inscreve a favor do peticionário<sup>329</sup>. No exame relativo às interferências para com o direito de propriedade, foi observado que a adoção de legislação na qual se previa

---

13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafo 13.

<sup>326</sup> Da enunciação dos factos relevantes, refere o TEDH que, “*In a judgment (no. 5526/1985) of 21 April 1985 the Athens court dismissed the State’s application, holding that the decision terminating the contract had not rendered the arbitration clause void. That clause continued to produce its effects in relation to disputes which had arisen during the period of validity of the contract.*” Cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafo 16.

<sup>327</sup> Cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafo 18.

<sup>328</sup> Cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 15 – 23.

<sup>329</sup> Cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 58 – 62.

a ineficácia e invalidade dos contratos firmados durante o regime militar<sup>330</sup>, bem como a prescrição de qualquer ação judicial daí emergente, tornava praticamente impossível ao peticionário assegurar a exequibilidade da decisão arbitral. Consequentemente, o Tribunal de Estrasburgo concluiu que o direito de propriedade do peticionário havia sido alvo de uma restrição<sup>331</sup>.

Atendendo às “*três regras da propriedade*” relativas às restrições, enunciadas no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, o TEDH observou que a restrição presenciada no vertente caso não resulta de uma expropriação, nem da aplicação de uma medida de controlo sobre o uso de propriedade, recaindo, por exclusão, no âmbito da primeira regra – a qual incide sobre o uso pacífico da propriedade. Como aludimos anteriormente, ao examinar pela causa justificativa é necessário que além do respeito pelo princípio da legalidade e da verificação de um interesse geral que subjaza à medida restritiva, a relação entre os interesses gerais e os requisitos de proteção do direito de propriedade permitam ajuizar pelo alcance de um “*justo equilíbrio*”.

No caso em apreço, o TEDH considerou que a supressão das consequências económicas advindas do regime militar grego, é um interesse legítimo a ser prosseguido pelo Estado grego<sup>332</sup>. Sob esse ponto de vista, o interesse público sobrepõe-se mesmo às obrigações contratuais, sendo, contudo, fulcral que se preserve o equilíbrio contratual, desde que não induza uma das partes a ter que suportar um encargo excessivo<sup>333</sup>. Contudo, a adoção de um diploma que veio a tornar nula a decisão arbitral, permitindo ao Estado grego eximir-se à assunção da sua responsabilidade contratual, levou a que se gerasse um desequilíbrio entre as

---

<sup>330</sup> Neste sentido, cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 19 – 23.

<sup>331</sup> Neste sentido, cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 63 – 67. Em respeito à verificação da ocorrência de uma violação, a Comissão considerou que em causa se coloca a primeira das três regras, afirmando que resulta dos factos anunciados uma interferência ao direito do gozo pacífico da propriedade.

<sup>332</sup> Na visão do próprio Estado, mais que eliminar as consequências económicas do antigo regime militar, pretendia-se criar as condições necessárias para implementar uma democracia, rompendo assim, com o antigo regime e tudo o que com ele estava relacionado. Cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafo 70.

<sup>333</sup> Cfr. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994, parágrafos 70 – 74.



partes, nomeadamente naquilo que respeita aos interesses gerais e aos requisitos de proteção do direito de propriedade do peticionário<sup>334</sup>. A impossibilidade de se alcançar um “*justo equilíbrio*” impulsionou o TEDH a considerar, que no presente caso o direito de propriedade do peticionário havia sido violado, tendo por base a regra geral – primeira regra – que impõe que ninguém possa ser privado do usufruto pacífico dos seus bens.

#### 4.1.1.1.2.4. Breves considerações sobre a aplicação das três regras da propriedade

No seguimento da análise anterior, ficou expresso que o TEDH, ao apreciar o caso concreto, principia por analisar pela existência de um “*bem*” que seja subsumível ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, examinando, de seguida, a adequação das interferências que se verifiquem no caso concreto com os requisitos de proteção do direito de propriedade<sup>335</sup>.

É neste último âmbito que há lugar à aplicação das três regras anteriormente enunciadas. Como vimos, as interferências que ocorrem no direito de propriedade podem ter uma natureza específica ou geral. A expropriação e o controlo sobre o uso da propriedade – segunda e terceira regra, respetivamente –, constituem interferências de tipo específico, as quais são primeiramente consideradas, atendendo às suas particularidades. O usufruto pacífico da propriedade – primeira regra – constitui uma regra geral, somente aplicável no caso de nenhuma das anteriores regras ser aplicável.

Todavia, afigura-se incorreto afirmar pela estanquicidade deste conjunto de regras. Não obstante de serem distintas entre si, as três regras encontram-se conectadas. Nesse sentido, o TEDH pronunciou-se no caso *Mellacher v. Austria*, no qual asseverou que a segunda e terceira regra emanam do princípio geral ínsito na primeira regra<sup>336</sup>. Neste âmbito, o caso *Beyeler v. Italy*<sup>337</sup> é igualmente ilustrativo

---

<sup>334</sup> Idem.

<sup>335</sup> No mesmo sentido, cfr. Monica Carss-Frisk, (2003), *The right to property ...*, Human rights handbooks, No. 4, Council of Europe, pág. 25.

<sup>336</sup> Refere o TEDH: “However, the rules are not “distinct” in the sense of being unconnected: the second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful

da relação existente entre as três regras, ora em presença. Proveniente de uma querela em torno da propriedade de um quadro de Van Gogh, o caso é particularmente extenso e complexo.

Numa sintética exposição, poder-se-á referir que, em 1977, o peticionário adquiriu, através de interposta pessoa, um quadro de Van Gogh, considerado pelo Estado Italiano como uma peça de arte de interesse histórico. A compra deste quadro foi comunicada ao Ministério da Cultura Italiano, em conformidade com a legislação que se encontrava em vigor. Em virtude do direito de preferência do Estado Italiano na aquisição do quadro, o peticionário informou o Ministério da Cultura do interesse de um potencial comprador.

O Ministério da Cultura italiano requereu, por várias vezes, que fosse informado acerca o legal proprietário da obra, não se manifestando quanto ao direito de preferência que lhe assistia. Somente em 1988, após a venda do quadro a uma terceira parte, o Ministério da Cultura veio a demonstrar o seu interesse em adquirir o quadro, em conformidade com o seu direito de preferência. Contudo, alegando que subsistiam dúvidas quanto ao legal titular da obra, o Ministério exerceu, de forma retroativa, o seu direito de preferência na aquisição, ficando assim na posse da obra. Acresce aquando do exercício desse direito, o Ministério da Cultura tomou por referência a última comunicação, datada de 1977, atribuindo um valor abaixo daquele que era requerido pelo peticionário.

Arguindo pela nulidade do exercício do direito de preferência do Ministério da Cultura, o peticionário recorreu, sem sucesso, a todas as vias de recurso internas<sup>338</sup>, levando, posteriormente, o litígio ao juízo do TEDH, sob a alegação de que o seu direito de propriedade havia sido violado, em consideração da

---

*enjoyment of property. They must therefore be construed in the light of the general principle laid down in the first rule". Cf. Case of Mellacher v. Austria, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 19<sup>th</sup> of 1989, parágrafo 42.*

<sup>337</sup> Vide TEDH, *Case of Beyeler v. Italy*, Judgment of January 5<sup>th</sup> of 2000, App. No(s). 33202/96, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58832>

<sup>338</sup> Os tribunais em questão reportam-se ao *Lazio Regional Administrative Tribunal, Council of State, Court of Cassation, e Constitutional Court*, em grosso modo correspondentes ao Tribunal Administrativo de Círculo, Tribunal Central Administrativo, ao Supremo Tribunal Administrativo, e ao Tribunal Constitucional, numa similitude à organização judicial portuguesa.

ocorrência de uma expropriação<sup>339</sup>. Por seu turno, e já perante o Tribunal de Estrasburgo, o Estado italiano arguir pela legalidade do exercício do direito de preferência do Ministério da Cultura, negando haver lugar a qualquer expropriação<sup>340</sup>.

Na sua análise, o TEDH frisou que de acordo com a lei italiana “(...) *the applicant had a **proprietary interest** recognised under Italian law – even if it was revocable in certain circumstances – **from the time the work was purchased until the right of pre-emption was exercised** and he was paid compensation. This interest therefore constituted a “possession” for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1*” [destacado nosso]<sup>341</sup>. Em consideração da complexidade do caso, entendeu-se não ser necessário aferir quanto à aplicação da segunda regra – privação dos bens –, redirecionando o caso para a primeira regra<sup>342</sup>.

Nesse âmbito, o TEDH observou pela existência de uma interferência no direito de propriedade do peticionário, consubstanciada no exercício tardio do direito de preferência pelo Ministério da Cultura<sup>343</sup>. Tal interferência, concluiu o TEDH, não se demonstrava compatível com o princípio do justo equilíbrio, que traduz o contrabalanço entre os interesses gerais e os interesses do indivíduo. A demora no exercício do direito de preferência e a forma inapropriada como o exerceu – levando a adquirir a obra abaixo do valor de mercado –, conduziram a uma situação de injusto enriquecimento para o Ministério da Cultura, o qual contribuiu largamente para o avolumar de incerteza em torno da propriedade sobre a obra em causa. Este enriquecimento injusto representa um encargo excessivo e desproporcional para o peticionário, afetando seriamente o princípio

---

<sup>339</sup> Vide TEDH, *Case of Beyeler v. Italy*, Judgment of January 5<sup>th</sup> of 2000, App. No(s). 33202/96, parágrafo 78.

<sup>340</sup> Vide TEDH, *Case of Beyeler v. Italy*, Judgment of January 5<sup>th</sup> of 2000, App. No(s). 33202/96, parágrafos 86 – 92.

<sup>341</sup> Vide *Case of Beyeler v. Italy*, Judgment of January 5<sup>th</sup> of 2000, and App. No. 33202/96, parágrafo 105.

<sup>342</sup> Refere o TEDH que a segunda regra estabelece somente um instituto particular que decorre da primeira regra: “(...) the situation envisaged in the second sentence of the first paragraph of Article 1 is only a particular instance of interference with the right to peaceful enjoyment of property as guaranteed by the general rule set forth in the first sentence”. Vide TEDH, *Case of Beyeler v. Italy*, Judgment of January 5<sup>th</sup> of 2000, App. No(s). 33202/96, parágrafo 106.

<sup>343</sup> Refere o TEDH na sua decisão: “(...) the Court considers that the measure complained of, that is, the exercise by the Ministry of Cultural Heritage of its right of pre-emption, undoubtedly amounted to an interference with the applicant's right to the peaceful enjoyment of his possessions”. Vide TEDH, *Case of Beyeler v. Italy*, Judgment of January 5<sup>th</sup> of 2000, App. No(s). 33202/96, parágrafo 107.

do justo equilíbrio. Dessa forma, não sobejam dúvidas quanto à violação do direito de propriedade do peticionário<sup>344</sup>.

#### 4.1.1.1.1. Requisitos para a admissibilidade das restrições ao direito de propriedade

No ponto anterior, analisámos alguns dos casos nos quais a interferência ao direito de propriedade consubstancia uma violação da CEDH. À luz das “três regras da propriedade”, enunciadas individualmente, observámos que o não cumprimento dos seus requisitos importa uma lesão na esfera jurídica das pessoas, singulares e coletivas, tida por inadmissível.

Contudo, e conforme referimos primeiramente, o direito de propriedade não é, a par dos demais direitos humanos, um direito absoluto. É admissível que a ele sejam opostas restrições<sup>345</sup>. Com efeito, o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, prevê a admissibilidade das restrições ao direito de propriedade, quando se encontrem preenchidos os requisitos relativos ao primado do direito, à verificação de um interesse geral, ao respeito pelo princípio da proporcionalidade, e à verificação do pagamento de uma compensação<sup>346</sup>.

Estes requisitos são cumulativos e a inobservância de apenas um deles importa, como tal, a violação do direito de propriedade. Por esse motivo, propomos, de seguida, à consideração de cada um dos requisitos, objetivando a enunciação dos casos nos quais as restrições se têm por justificadas.

---

<sup>344</sup> Vide TEDH, *Case of Beyeler v. Italy*, Judgment of January 5<sup>th</sup> of 2000, App. No(s). 33202/96, parágrafos 120 – 122.

<sup>345</sup> No presente ponto, optámos por nos referir às restrições ao invés de interferências, tendo em conta a polissemia dos termos. Reportamo-nos às interferências sempre que ocorra uma violação no direito de propriedade, e às restrições sempre que a limitação deste direito decorra dos fundamentos previstos no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

<sup>346</sup> Neste sentido, vide Aida Grgiæ, Zvonimir Mataga, Matija Longar and Ana Vilfan, (2007), *The right to property under the European Convention on Human Rights ...*, Council of Europe, Belgium, pág. 12.

#### 4.1.1.1.1. Princípio da Legalidade

Nos termos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, as restrições ao direito de propriedade devem conformar-se às “(...) condições previstas pela lei (...)”, tendo os Estados a prerrogativa de “(...) pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens (...)”. O princípio da legalidade não opera somente no plano das restrições ao direito de propriedade, ele é um dos princípios fundamentais num Estado de Direito Democrático, sendo igualmente inerente à teleologia jurídica da CEDH. Desta forma, este requisito aplicar-se-á a qualquer uma das “três regras”, anteriormente consideradas.

Segundo o entendimento estabelecido pelo TEDH, o princípio da legalidade não se reduz somente ao seu aspeto formal. É necessário atender a uma série de outras características de que o princípio se deve revestir. Assim, em primeiro lugar, a referência ao termo “lei” não se refere apenas à lei interna dos Estados, mas também à sua qualidade, *i.e.*, compreendida à luz do Estado de Direito, aludindo-se, por isso, ao primado do Direito<sup>347</sup>.

Este é precisamente o sentido tomado no caso *James v. United Kingdom*<sup>348</sup>, ao ter-se firmado o entendimento de que “(...) the terms “law” or “lawful” in the Convention “[do] not merely refer back to domestic law but also [relate] to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law.” Com respeito ao Estado de Direito, não se pode perder de vista as características exigidas pelo princípio da legalidade, as quais abrangem a previsibilidade e a estatuição das normas jurídicas, bem como as garantias processuais face aos actos do Estado.

Também no caso *Winterwerp v. Netherlands*<sup>349</sup>, o TEDH veio a expressar o seu entendimento sobre o significado e conteúdo do princípio da legalidade. Não obstante do caso se reportar essencialmente ao direito à liberdade e ao direito a um processo equitativo, suscitaram-se questões relativas ao direito de

---

<sup>347</sup> O termo lei é perspectivado de forma ampla, incluindo também a Constituição dos Estados e as Convenções Internacionais dos quais os mesmos sejam Parte. Igualmente neste sentido, cfr. GRGIÆ, A., MATAGA, Z. and VILFAN, A., (2007), *The right to property under the European Convention on Human Rights ...*, Council of Europe, Belgium, pág. 12.

<sup>348</sup> *Vide Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57507>, acedido a 01/05/2016.

<sup>349</sup> *Vide Case of Winterwerp v. the Netherlands*, Application no. 6301/73, Council of Europe: October 24<sup>th</sup> of 1979, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57597>, acedido em: 01/05/2016.

propriedade. Em causa estava a detenção do peticionário e seu confinamento a um hospital psiquiátrico, emitida por ordem judicial, a qual era revista anualmente tendo por base os relatórios médicos apresentados<sup>350</sup>. No decorrer da reapreciação das ordens judiciais, o peticionário nunca foi notificado a fim de se pronunciar em sede de audiência ou fazer-se representar perante o tribunal, para o exercício do contraditório<sup>351</sup>. De acordo com a lei holandesa, à altura aplicável ao caso, a detenção e a permanência de qualquer pessoa num hospital psiquiátrico, implicaria automaticamente a perda da capacidade de administração dos seus bens<sup>352</sup>. Assim, ao inviabilizar o direito de audiência que assiste ao peticionário – e consequentemente, ao impedir que este fosse apto a administrar a sua propriedade –, o TEDH não deve dúvidas em considerar que o Estado holandês havia violado a CEDH, nos termos dos seus artigos 5.º e 6.º, relativos ao Direito à liberdade e à segurança e ao Direito a um processo equitativo, respetivamente<sup>353</sup>.

Não obstante das questões alusivas à propriedade se suscitarem em segundo plano, o contributo fundamental da análise do presente caso encerra-se na consideração tecida relativamente ao princípio da legalidade, ínsito no artigo 5.º da CEDH, à luz do qual ninguém poderá ser privado da sua liberdade, exceto nos casos expressamente tipificados e “(...) *de acordo com o procedimento legal*”.

No entendimento expresso pelo TEDH, o princípio da legalidade refere-se essencialmente à lei doméstica, nela se englobando as normas substantivas e processuais<sup>354</sup>. Contudo, também a lei doméstica deve conformar-se com a CEDH e com os seus princípios, independentemente destes se encontrarem expressamente enunciados ou serem implícitos<sup>355</sup>. A conclusão de que “(...) *in a democratic society subscribing to the rule of law (...) no detention that is arbitrary can ever be regarded*

---

<sup>350</sup> Vide *Case of Winterwerp v. the Netherlands*, Application no. 6301/73, Council of Europe: October 24<sup>th</sup> of 1979, parágrafo 10.

<sup>351</sup> *Idem*.

<sup>352</sup> Vide *Case of Winterwerp v. the Netherlands*, Application no. 6301/73, Council of Europe: October 24<sup>th</sup> of 1979, parágrafo 21.

<sup>353</sup> Vide *Case of Winterwerp v. the Netherlands*, Application no. 6301/73, Council of Europe: October 24<sup>th</sup> of 1979, parágrafos 35 – 76.

<sup>354</sup> Vide *Case of Winterwerp v. the Netherlands*, Application no. 6301/73, Council of Europe: October 24<sup>th</sup> of 1979, parágrafos 39 e 45.

<sup>355</sup> *Idem*.

as "lawful" (...)”<sup>356</sup>, é passível de ser transposta para o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>357</sup>.

Nesse sentido, devemos também aqui concluir que, numa sociedade de Direito Democrático, nenhuma restrição que opere de forma arbitrária pode ser considerada conforme ao princípio da legalidade. O mesmo se afirma no âmbito da lei doméstica, sobretudo, em relação às garantias processuais dos indivíduos. Transposto para o plano do direito de propriedade, temos que as restrições devem operar de acordo com o princípio da legalidade, tal como este se encontra previsto da CEDH. O mesmo é dizer que estas devem encontrar-se previstas e fundamentadas na lei interna, a qual deve acautelar igualmente os direitos substantivos e processuais dos indivíduos.

No caso *Hentrich v. France*<sup>358</sup>, o TEDH reafirmou o seu entendimento acerca do princípio da legalidade, referenciado as características que a lei deve observar, em consideração da disposição do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH, que no plano das restrições, expressamente se refere às “*condições previstas pela lei*”. No presente caso, verificou-se que, através do exercício do direito de preferência da entidade fiscal francesa – vulgo, Fisco –, o Estado retraiu a aquisição de um bem imóvel pertencente à petionária, justificando que o reduzido valor que por esta foi pago aquando daquela aquisição afetava o interesse público, em particular o Tesouro francês, dada a suspeita de se tratar de evasão fiscal<sup>359</sup>. Na petição apresentada, a petionária alegou que a entidade fiscal francesa não lhe havia dado oportunidade de se pronunciar e de demonstrar que o valor de aquisição do imóvel não era reduzido, alegando que a sua propriedade foi devidamente expropriada<sup>360</sup>.

Na sua apreciação, o Tribunal rejeitou que se tenha assistido a uma expropriação *de facto*, considerando que aos Estados assiste uma ampla margem

---

<sup>356</sup> *Idem*.

<sup>357</sup> Em igual sentido, cfr. CARSS-FRISK, M., (2001), *The right to property...*, Council of Europe, Belgium, parágrafo 41.

<sup>358</sup> *Vide Case of Hentrich v. France*, Application no. 13616/88, Council of Europe, September 22<sup>nd</sup> of 1994, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57903>, acedido a 01/05/2016.

<sup>359</sup> *Vide Case of Hentrich v. France*, Application no. 13616/88, Council of Europe, September 22<sup>nd</sup> of 1994, parágrafo 9.

<sup>360</sup> *Vide Case of Hentrich v. France*, Application no. 13616/88, Council of Europe, September 22<sup>nd</sup> of 1994, parágrafo 34 – 36.

de apreciação relativa ao interesse público<sup>361</sup>. Todavia, ao examinar pela legalidade da interferência, veio a verificar-se que o exercício do direito de preferência não se conformou aos requisitos exigidos pela CEDH, porquanto operou de forma arbitrária e seletiva, além de que demonstrou ter sido “(...) *scarcely foreseeable, and it was not attended by the basic procedural safeguards. In particular, (...) did not sufficiently satisfy the requirements of precision and foreseeability implied by the concept of law within the meaning of the Convention*” [destacado nosso]<sup>362</sup>.

Desta forma, concluiu-se que o exercício do direito de preferência não se poderia ter por legítimo, porquanto não foram acauteladas as garantias processuais, entre as quais o direito ao contraditório e o direito de audiência, necessários para asseverar o princípio da igualdade de armas<sup>363</sup>. No respeitante à proporcionalidade, requisito que veremos adiante, o Tribunal fez notar que, em virtude do recurso ao exercício do direito de preferência, existiu uma seleção objetiva quanto ao destinatário do ato, verificando-se, além de mais, que a petionária suportou um encargo excessivo na sua esfera jurídica, no que respeita ao seu direito de propriedade<sup>364</sup>.

O princípio da legalidade é o primeiro dos requisitos a ser observando sempre que o TEDH seja confrontado com uma situação na qual o direito de propriedade dos indivíduos e das pessoas coletivas haja sido objeto de restrição. No seguimento deste entendimento, sempre que uma restrição opere sem que este princípio se encontre verificado, não existe a necessidade de proceder a uma análise posterior relativa aos demais requisitos impostos pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH – *e.g.* à proporcionalidade e ao interesse público. Com

---

<sup>361</sup> Segundo o TEDH, “(...) *the notion of “public interest” is necessarily extensive and that the States have a certain margin of appreciation to frame and organise their fiscal policies and make arrangements – such as the right of pre-emption – to ensure that taxes are paid*”. Vide *Case of Hentrich v. France*, Application no. 13616/88, Council of Europe, September 22<sup>nd</sup> of 1994, parágrafo 39.

<sup>362</sup> Vide *Case of Hentrich v. France*, Application no. 13616/88, Council of Europe, September 22<sup>nd</sup> of 1994, parágrafo 42.

<sup>363</sup> *Idem*.

<sup>364</sup> Na decisão do TEDH faz-se constar: “*The Court considers that, as a selected victim of the exercise of the right of pre-emption, Mrs Hentrich “bore an individual and excessive burden” which could have been rendered legitimate only if she had had the possibility - which was refused to her - of effectively challenging the measure taken against her; the “fair balance which should be struck between the protection of the right of property and the requirements of the general interest” was therefore upset*”. Vide *Case of Hentrich v. France*, Application no. 13616/88, Council of Europe, September 22<sup>nd</sup> of 1994, parágrafo 49.



efeito, no caso *Iatridis v. Greece*<sup>365</sup> – *supra* analisado –, o Tribunal reiterou que “(...) *the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful: the second sentence of the first paragraph authorises a deprivation of possessions only “subject to the conditions provided for by law” and the second paragraph recognises that the States have the right to control the use of property by enforcing “laws”*”<sup>366</sup>. O princípio da legalidade é, por essa razão, um princípio fundamental no seio de uma sociedade democrática, fundamentada no primado do direito.

Sobre os restantes elementos, em particular sobre a proporcionalidade, o TEDH assevera que “(...) *the issue of whether a fair balance has been struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights (...) becomes relevant only once it has been established that the interference in question satisfied the requirement of lawfulness and was not arbitrary*”<sup>367</sup>.

Em conclusão, daquilo que se acaba de expor, é possível afirmar que o princípio da legalidade ultrapassa o mero âmbito formal da lei interna, exigindo que as normas substantivas e processuais se compatibilizem com a qualidade daquilo que seja considerado “*Lei*” numa sociedade de Estado de Direito Democrático. Esta compatibilização impõe que se satisfaça o conteúdo mínimo da “lei”, compreendido à luz da CEDH. Características como a previsibilidade, a estatuição e precisão jurídicas, bem como a observância de procedimento justo, no qual sejam concedidas certas garantias processuais, consubstanciam o conteúdo mínimo imposto pelo princípio da legalidade.

---

<sup>365</sup> Vide *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999.

<sup>366</sup> Vide *Case of Iatridis v. Greece*, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 25<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 58.

<sup>367</sup> *Idem*.

#### 4.1.1.1.2. Princípio da Proporcionalidade

No plano das restrições ao direito de propriedade, exige-se, além da observância do princípio da legalidade, que a medida empreendida na persecução do interesse público seja adequada e se compatibilize com disposições relativas à proteção dos direitos dos indivíduos.

Ainda que se reconheça que os Estados dispõem de uma margem de apreciação relativamente à determinação do interesse público<sup>368</sup>, o TEDH refere-se, consistentemente, à necessidade de se encontrar um justo equilíbrio, o qual é aferido através do designado “*Proportionality Test*”. Este teste procura determinar a compatibilidade entre uma determinada medida restritiva, adotada na persecução do interesse público, e a proteção concedida pela CEDH ao direito de propriedade dos indivíduos.

Por diversas vezes, o TEDH tem firmando o entendimento de que a proporcionalidade exige não se verifique, na esfera individual das pessoas, singulares e coletivas, um encargo excessivo em prole dos interesses públicos e gerais. O caso *AGOSI v. United Kingdom*<sup>369</sup> ilustra o plano de aplicação do “*Proportionality Test*”. O caso presente origina de um negócio fraudulento, tendo por base o contrato celebrado pelo peticionário – uma empresa alemã de metalurgia cuja atividade englobava o comércio de moedas de ouro e prata – com dois cidadãos de nacionalidade britânica, relativo à compra e venda de 1.500 *Kruegerrands*<sup>370</sup>. No momento em que foi celebrado o contrato de compra e venda, os dois cidadãos britânicos entregaram ao peticionário um cheque, tendo este, por seu turno, entregue as 1.500 *Kruegerrands*<sup>371</sup>.

Todavia, ao depositar o cheque, o peticionário veio a verificar que havia sido vítima de fraude, uma vez que o cheque recebido não tinha cobertura<sup>372</sup>. Nos

---

<sup>368</sup> Sobre a margem de apreciação dos Estados-membros da CEDH, vide Maria Helen Murphy, (2013), *The Relationship between the European Court of Human Rights and National Legislative Bodies: Considering the Merits and the Risks of the Approach of the Court in Surveillance Cases*, Irish Journal of Legal Studies, vol. 2. ISSN 2009-6410.

<sup>369</sup> Vide *Case of AGOSI v. the United Kingdom*, Application no. 9118/80), Council of Europe, October 24<sup>th</sup> of 1986, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57418>, acedido a 10/05/2016.

<sup>370</sup> Moeda de ouro da África do Sul.

<sup>371</sup> Consulte *Case of AGOSI v. the United Kingdom*, Application no. 9118/80), Council of Europe, October 24<sup>th</sup> of 1986, paragraphs 12 – 21.

<sup>372</sup> *Idem*.

termos do contrato celebrado, a transferência da titularidade das moedas de ouro, somente tinha lugar aquando do pagamento completo da quantia acordada<sup>373</sup>. Como tal, o peticionário continuou a figurar como o legítimo titular das moedas de ouro. Esta disposição assume particular relevo, porquanto veio a influir nos acontecimentos subsequentes, nomeadamente aquando da apreensão das moedas de ouro pelas autoridades britânicas, no momento em que os dois cidadãos britânicos se preparavam para entrar no Reino Unido. Nos termos da lei aplicável à altura dos acontecimentos, vigorava no Reino Unido a proibição de importação de moedas de ouro, lei essa que havia sido aprovada pelo Secretário de Estado do Tesouro e do Comércio. Após tomar conhecimento de que as autoridades alfandegárias britânicas haviam apreendido as moedas de ouro, o peticionário interpôs requerimento, requerendo a devolução das moedas de ouro, alegando a titularidade como legítimo proprietário das mesmas em virtude do incumprimento contratual em que os dois cidadãos britânicos incorreram. Contudo o pedido do peticionário foi rejeitado, quer pelas autoridades alfandegárias britânicas<sup>374</sup>.

Perante o TEDH, o peticionário veio a alegar, *inter alia*, que o confisco das moedas e, em particular, a recusa na devolução das mesmas, por parte da autoridade alfandegária britânica, constituía uma violação do artigo 6.º n.º 2 da CEDH, na medida em que lhe havia sido sonhada a oportunidade de se pronunciar devidamente perante um tribunal britânico; e do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, em consideração da interferência ocorrida no seu direito de propriedade<sup>375</sup>.

No presente caso o TEDH, principiou pela análise das três regras ínsitas no artigo 1.º do Protocolo n.º 1, acima referidas<sup>376</sup>. Na determinação da regra aplicável, considerando a relação de especialidade que estas apresentam, o Tribunal considerou que, não obstante das autoridades alfandegárias britânicas terem apreendido e confiscado as moedas de ouro, a restrição em presença consubstancia um controlo sobre o uso do bens, conformado pela segunda regra da

---

<sup>373</sup> *Idem*.

<sup>374</sup> Cf. *Ibid.* parágrafos 21 – 32.

<sup>375</sup> Cf. *Ibid.* parágrafos 43.

<sup>376</sup> Quanto à verificação de uma interferência com o direito de propriedade do peticionário, o TEDH foi peremptório em afirmar que “*The forfeiture of the smuggled Kruegerrands amounted to an interference with the applicant company's right to peaceful enjoyment of their possessions as protected by the first sentence of Article 1 (P1-1). This point has not been in dispute.*” Cf. *Ibid.* parágrafo 49.

propriedade<sup>377</sup>. No exame subsequente, relativo à justificação desta restrição, o TEDH considerou que a proibição da importação de moedas de ouro se coaduna com o artigo 1.º do Protocolo n.º 1, na medida em que é permitido aos Estado “(...) *pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o **interesse geral** (...)*” [destacado nosso].

É exatamente no âmbito da perseguição do interesse geral, do qual os Estados dispõem de uma ampla margem de apreciação, que o princípio da proporcionalidade é considerado<sup>378</sup>. Como vimos anteriormente, a proporcionalidade impõe que se observe por um justo equilíbrio entre a medida adotada pelo Estado, na perseguição do interesse geral, e os requisitos de proteção dos direitos dos indivíduos. Como qualquer outra fórmula jurídica, o justo equilíbrio não se coaduna com formulações inócuas e redundantes. Ao invés, influem na sua determinação os vários elementos e fatores apresentados pelo caso concreto.

Segundo o TEDH, a atuação do peticionário, em particular o grau de culpa ou de cuidado que manifestou, constitui tão só um dos elementos a ter em consideração no presente caso<sup>379</sup>. É fundamental que, no seu cômputo geral, a justificação da restrição que incide sobre o direito de propriedade, observe os requisitos ínsitos no segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Assim, e ainda que não seja expressamente enunciado, o Tribunal toma em devida consideração a observação pelos requisitos processuais emergentes do princípio da legalidade. Acresce, de igual modo, que, através da exigência destes requisitos processuais, é verificada a oportunidade do peticionário se pronunciar perante as autoridades alfandegarias britânicas, aduzindo argumentos tidos por convenientes

---

<sup>377</sup> Na sua decisão, o TEDH refere expressamente: “*The forfeiture of the coins did, of course, involve a deprivation of property, but in the circumstances the deprivation formed a constituent element of the procedure for the control of the use in the United Kingdom of gold coins such as Kruegerrands*”. Cf. *Ibid.* parágrafo 51.

<sup>378</sup> Com efeito, é referido: “*In determining whether a fair balance exists, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question*”. Cf. *Ibid.* parágrafo 52.

<sup>379</sup> Não obstante, na sua decisão, o TEDH considerou que não se observa, por entre os Estados-membros, qualquer prática estadual que faça influir a atuação do legítimo proprietário, em concreto a sua falta de zelo, na decisão tendente à restituição dos bens. *Ibid.* parágrafo 54.

e que lhe permitam uma defesa eficaz dos seus interesses<sup>380</sup>. A oportunidade apresentar a defesa dos seus interesses foi, no caso em apreço, contestada pelo peticionário. Este alegou que os procedimentos administrativos encetados pelas autoridades alfandegárias britânicas não se revelavam aptos a cumprir os requisitos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. No seguimento da argumentação utilizada, o recurso judicial carecia de verdadeira utilidade, dado a discricionariedade de que as autoridades gozavam veio a dificultar a apreciação judicial<sup>381</sup>.

Contudo, o TEDH assumiu uma posição diversa. No seu entendimento, os procedimentos de revisão das decisões administrativas das autoridades britânicas mostram ser compatíveis com os requisitos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, além de que foi concedido ao peticionário a oportunidade para, num prazo razoável, recorrer da decisão administrativa, apresentando os seus argumentos perante uma entidade judicial. Realça o TEDH que o facto de o peticionário não ter recorrido perante uma entidade judicial, tirando o máximo proveito das suas garantias processuais, não invalida a conclusão anterior. Efetivamente, os procedimentos relativos ao recurso judicial são compatíveis com o artigo 1.º do Protocolo n.º 1, garantindo que a restrição ao direito de propriedade não operou em desrespeito com CEDH<sup>382</sup>.

Sobre o justo equilíbrio, requisito operacional do princípio da proporcionalidade, o caso *Mellacher v. Austria*<sup>383</sup> – anteriormente analisado<sup>384</sup> – permite observar de que forma se podem acautelar os interesses de ambas as partes. Sinteticamente, a questão central do caso é despoletada pela introdução de legislação – *1981 Rent Act* – tendente à correção das injustiças sociais, através da qual o governo austríaco instituiu um sistema de controlo das rendas<sup>385</sup>. Os peticionários, um conjunto de senhorios que detinham vários apartamentos

---

<sup>380</sup> Além das exigências processuais, o TEDH acrescenta ainda que: “*In ascertaining whether these conditions were satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable procedures*”. *Ibid.* parágrafo 55.

<sup>381</sup> *Ibid.* parágrafo 57.

<sup>382</sup> *Ibid.* parágrafo 52 – 62.

<sup>383</sup> Cf. *Case of Mellacher v. Austria*, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 19<sup>th</sup> of 1989.

<sup>384</sup> Cf. página 83 do nosso trabalho.

<sup>385</sup> *Op. Cit.* parágrafos 10 – 34.

destinados ao arrendamento, alegaram perante o TEDH, que o controlo exercido sobre as rendas era contrário ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Em causa colocava-se a forçosa alteração dos contratos de arrendamento, livremente negociados com os arrendatários, nomeadamente quanto ao valor das rendas<sup>386</sup>. Sendo as rendas um “*bem*”, na aceção do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, os peticionários alegaram que a privação de uma parte substancial do seu valor, constituía uma interferência na propriedade sob a forma de expropriação.

Ao proceder ao exame relativo às “*Três Regras*”, o TEDH, afastou a aplicação da primeira regra – privação da propriedade –, em consideração de que não se observa pela existência de qualquer expropriação, quer seja em sentido formal, quer seja *de facto*<sup>387</sup>. Não obstante do controlo das rendas privar os peticionários de parte dos rendimentos obtidos através dos contratos anteriores à introdução do “*1981 Rent Act*”, a medida implementada pelas autoridades austríacas visava somente a regulamentação do uso dos bens<sup>388</sup>. Por tal motivo, o presente caso incidiu sobre a terceira regra, inserta no segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

No plano dos requisitos a verificar para que se possa considerar admissível a aposição de restrições ao direito de propriedade, os peticionários alegaram pela inexistência de um interesse geral, considerando o período de desenvolvimento económico que a Áustria atravessava. No entendimento dos peticionários, a medida destinava-se somente a consolidar as políticas socialistas defendidas pelo governo austríaco, carecendo este de qualquer outra fundamentação, nomeadamente, económica<sup>389</sup>.

Do lado do Governo austríaco, o interesse geral que presidia à aplicação da restrição advinha da necessidade de se reduzirem as excessivas e injustificadas disparidades entre os valores pagos pelo arrendamento de imóveis com idênticas condições; do combate à especulação imobiliária; e da necessidade de se acautelar

---

<sup>386</sup> *Op. Cit.* parágrafos 40.

<sup>387</sup> O TEDH refere que “*There was no transfer of the applicants’ property nor were they deprived of their right to use, let or sell it*”. Cf. *Op. Cit.* paragraphs 43 - 44.

<sup>388</sup> *Op. Cit.* paragraph 44.

<sup>389</sup> *Op. Cit.* paragraph 46.

o acesso à habitação aos cidadãos economicamente mais carentes<sup>390</sup>. O TEDH considerou não ser irrazoável considerar que estes fundamentos espelham um interesse geral, o qual deve ser atendido. Por este motivo, reconheceu os argumentos do Governo austríaco<sup>391</sup>.

No entanto, no seguimento daquilo que *supra* expusemos, para que uma restrição opere de harmonia com o direito de propriedade, tal como este se encontra formulado na CEDH, é necessário verificar pela proporcionalidade. O justo equilíbrio, igualmente mencionado, exige que se procure ponderar o interesse geral e os requisitos da proteção dos direitos dos indivíduos, por forma a evitar que sobre estes, recaia um encargo excessivo. A proporcionalidade exige, de igual forma, que haja uma correta adequação entre a medida concretamente aplicada e o interesse geral que esta medida visa prosseguir.

Neste âmbito, os peticionários arguíram pela inobservância de um justo equilíbrio entre o seu direito de propriedade e a medida aplicada pelo Governo austríaco. Na defesa desta posição, foi invocada a violação do princípio da liberdade contratual, permitida pela introdução legislativa do “1981 Rent Act” e a considerável percentagem de redução das rendas, que em dois dos casos atingiu 80% e, num outro, 22% do valor total da renda<sup>392</sup>. Pelo lado do Governo foi arguido que, mesmo reduzidas, as rendas eram semelhantes às rendas cobradas nos outros edifícios de idênticas características<sup>393</sup>.

O argumento colheu junto do TEDH, que igualmente considerou dever ser permitido ao legislador, no que respeita à criação de legislação de cariz social, a possibilidade de tomar medidas que afetem a execução de contratos anteriormente celebrados, a fim de realizar o objetivo da política adotada<sup>394</sup>. Desta forma, o Tribunal considerou que o princípio da proporcionalidade e os seus corolários, expressos na necessidade e adequação da medida implementada, havia sido observado.

---

<sup>390</sup> *Op. Cit.* parágrafo 47.

<sup>391</sup> *Idem.*

<sup>392</sup> *Op. Cit.* parágrafos 48 – 56.

<sup>393</sup> *Idem.*

<sup>394</sup> *Idem.*

Para esta conclusão influíram outros elementos do presente caso, entre os quais, a constatação de que o “1981 Rent Act” permitia aos senhorios, transmitir o valor de certas despesas para os arrendatários, *inter alia*, custos relativos aos contratos de seguro, custos resultantes da gestão dos imóveis e de certos serviços, bem como de determinados impostos. Acresce que, em certas circunstâncias, os senhorios poderiam igualmente exigir aos arrendatários 20% do valor empregado em obras de requalificação dos imóveis. Em relação aos contratos em execução, apurou-se ainda que, em virtude da transição para um novo regime de arrendamento, o “1981 Rent Act” permitia aos senhorios auferir de uma renda 50% superior à renda que receberiam em resultado da celebração de um novo contrato de arrendamento<sup>395</sup>.

Por estes motivos, embora reconhecesse que, por via da legislação introduzida, o valor auferido pelo pagamento das rendas diminuiu, o TEDH concluiu que foi atingido um justo equilíbrio. Para esta conclusão contribui não apenas o facto de a justiça social ser um objeto legítimo do Governo austríaco, considerando a sua margem de apreciação, mas também as salvaguardas estabelecidas, que permitem uma adequação relativamente aos interesses e requisitos da proteção do direito de propriedade dos senhorios. Como tal, o Tribunal considerou que os requisitos ínsitos no segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, encontravam-se satisfeitos, observando pela não violação do direito de propriedade dos peticionários<sup>396</sup>.

É possível recortar, por entre os casos que compõem a jurisprudência do TEDH, exemplos nos quais a proporcionalidade e, em particular, o justo equilíbrio não logram êxito no seu alcance, por mais legítimo que seja o interesse geral prosseguido pelo Estado. Conforme temos vindo a expor, a proporcionalidade exige que, entre a medida aplicada e a proteção dos direitos dos indivíduos, haja uma adequação e um equilíbrio que permita, simultaneamente, satisfazer os

---

<sup>395</sup> *Idem*.

<sup>396</sup> Refere o TEDH, em síntese geral: “*The Court thus reaches the conclusion that when enacting the 1981 Rent Act the Austrian legislature, having regard to the need to strike a fair balance between the general interests of the community and the right of property of landlords in general and of the applicants in particular, could reasonably hold that the means chosen were suited to achieving the legitimate aim pursued. The Court finds that the requirements of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) were satisfied in relation to the reductions of rent suffered by the applicants pursuant to the 1981 Rent Act*”. Cf. *Op. Cit.* parágrafo 57.



requisitos gerais e individuais. Os casos anteriormente analisados ilustram o âmbito da proporcionalidade e do justo equilíbrio. Por se ter por conveniente, consideremos, numa análise breve, dois outros casos, nos quais a inobservância do princípio da proporcionalidade está na base da violação do direito de propriedade.

Os, já conhecidos, casos *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*<sup>397</sup> e *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*<sup>398</sup> têm em comum o facto de ocorrer uma violação do direito da propriedade em função do desrespeito pelo requisito da proporcionalidade. Como anteriormente vimos<sup>399</sup>, o primeiro destes casos reporta-se a uma série de colisões entre embarcações náuticas, ocorrida em águas territoriais belgas e dos Países Baixos<sup>400</sup>.

Os peticionários – vinte e quatro proprietários dos navios envolvidos nas colisões – alegaram a responsabilidade dos pilotos belgas e instauraram várias ações judiciais perante os tribunais belgas e holandeses, requerendo o pagamento dos danos sofridos<sup>401</sup>. Durante o decorrer dos processos judiciais, o Estado Belga procedeu à alteração do “*Act of 3 November 1967*”, relativo à pilotagem de embarcações marítimas, em particular da sua secção 3.<sup>a</sup> que dispunha sobre a responsabilidade estadual. O novo diploma legislativo – *Act of 30 August 1988* –, veio a afastar a responsabilidade estadual de forma retroativa, eximindo as entidades públicas da assunção de qualquer responsabilidade, pelos danos causados pelos atos ou omissões dos pilotos e das suas tripulações, independentemente de tais danos terem origem em atos ou omissões dos mesmos<sup>402</sup>.

Após a aprovação do novo diploma legal, os peticionários instauraram novas ações perante o Tribunal Arbitral e perante o Supremo Tribunal de Justiça, requerendo a declaração de nulidade do “*Act of 30 August 1988*”, em especial

---

<sup>397</sup> Cf. *Case of Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, Application No. 17849/91, Council of Europe: Commission, November 20<sup>th</sup> of 1995.

<sup>398</sup> Cf. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994.

<sup>399</sup> Cf. página 75.

<sup>400</sup> Cf. *Case of Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, Application No. 17849/91, Council of Europe: Commission, November 20<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 6.

<sup>401</sup> *Idem*.

<sup>402</sup> Cf. *Op. cit.* parágrafos 15 – 18.

consideração do seu efeito retroativo<sup>403</sup>. Em ambos os casos, as petições iniciais foram rejeitadas com base nas considerações de que “*The legislature is entitled to consider that the categories to whom the impugned Act is addressed are, principally on account of their involvement in shipping, sufficiently specific to warrant special rules concerning liability*”, e que, embora haja violação dos princípios da segurança e da certeza jurídicas, esta não é “*(...) in the circumstances of the case, disproportionate in relation to the general objective underlying the contested legislation*”<sup>404</sup>.

Perante o TEDH, a queixa apresentada pelos peticionários incidiu em torno de dois aspetos concernentes ao direito de propriedade. Em primeiro lugar, é alegado que a exclusão de responsabilidade dos pilotos que se encontravam ao serviço do Estado contende com a terceira regra do artigo 1.º do Protocolo n.º1 da CEDH – ou, pelo menos, com a primeira regra –, gerando um desequilíbrio entre os interesses gerais e os requisitos de proteção da propriedade dos peticionários, levando a que estes suportem um encargo excessivo na sua esfera jurídica<sup>405</sup>. Em segundo lugar, invocando a segunda regra do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, os peticionários arguíram que em resultado, do efeito retroativo do “*Act of 30 August 1988*”, os mesmos foram privados do direito à ação judicial, aqui materializada na apresentação de um pedido judicial de compensação pelos danos sofridos<sup>406</sup>.

No caso em apreço, o TEDH considerou a ação judicial – materializada num pedido indemnizatório decorrente da responsabilidade civil das autoridades públicas –, constitui uma mais-valia inserta na esfera jurídica dos peticionários, originada aquando da ocorrência do dano<sup>407</sup>. Essa mais-valia, atendendo à sua natureza, equivale a um bem integrável na propriedade dos peticionários<sup>408</sup>.

Quanto à interferência, o Tribunal de Estrasburgo observou que, com a adoção do “*Act of 30 August 1988*”, a responsabilidade das autoridades públicas pelos atos ou omissões dos seus pilotos havia sido excluída. A aplicação retroativa

---

<sup>403</sup> *Idem.*

<sup>404</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 7.

<sup>405</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 28.

<sup>406</sup> *Idem.*

<sup>407</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 31 – 32.

<sup>408</sup> *Idem.*

desta legislação consubstanciou uma interferência no exercício dos direitos decorrentes dos pedidos indenizatórios, que poderiam ter sido invocados perante os tribunais internos. Tal interferência influiu negativamente na esfera jurídica dos peticionários, em particular, no gozo pacífico da sua propriedade. Neste âmbito, o TEDH foi perentório em considerar que a interferência consubstanciava uma privação, nos termos da segunda regra do artigo 1.º do Protocolo n.º1 da CEDH<sup>409</sup>.

No plano das interferências, como sabemos, estabelecem-se vários requisitos a observar para que estas se considerem justificadas. Entre tais requisitos, contempla-se a prossecução do interesse público. À luz da construção jurisprudencial do TEDH, os Estados possuem uma larga margem de apreciação relativamente à prossecução do interesse público e dos motivos e fundamentos que o compõem<sup>410</sup>. Por esse motivo, o Tribunal não teve dificuldade em aceitar as justificações do Estado Belga, que se concentraram na proteção dos interesses económicos nacionais, no restabelecimento da certeza jurídica, no que respeita à assunção de responsabilidade por parte das autoridades públicas, e à contiguidade da sua legislação, na presente matéria, em relação à legislação dos Estados vizinhos, em particular dos Países Baixos<sup>411</sup>.

Questão diferente – e, por natureza, mais controversa – é a aferição da proporcionalidade. Na linha orientadora do TEDH, *“An interference with the peaceful enjoyment of possessions must strike a “fair balance” between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights”*<sup>412</sup>. O “justo equilíbrio” impõe que haja uma relação de proporcionalidade e de adequação entre a medida concretamente aplicada e o objetivo que essa medida visa alcançar. Estando em causa a privação da propriedade, a existência de uma compensação constitui o ponto de partida para a apreciação do “justo equilíbrio”, corporizador do princípio da

---

<sup>409</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 34.

<sup>410</sup> Refere o TEDH: *“The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature's judgment as to what is “in the public interest” unless that judgment be manifestly without reasonable foundation”*. Cf. *Op. Cit.* parágrafo 37.

<sup>411</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 36.

<sup>412</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 38.

proporcionalidade. No presente caso, o Estado Belga excluiu, com efeito retroativo e sem qualquer compensação, a possibilidade de os peticionários intentarem ações indemnizatórias perante os tribunais nacionais. Além disso, as razões aduzidas pelo Governo Belga não colheram junto do TEDH, ainda que fosse admissível, em tese geral, que as considerações económicas e aquelas outras, relacionadas com a harmonização legislativa, se demonstrassem aptas a justificar o plano da interferência no direito de propriedade dos peticionários. Contudo, a atribuição de um efeito retroativo e a exclusão de qualquer compensação a atribuir aos peticionários retiram o fundamento às razões apresentadas, levando o Tribunal à consideração de que o “justo equilíbrio” tem-se por não verificado. Desta forma, ocorre uma violação ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, que incide sobre o direito de propriedade<sup>413</sup>. Daquilo que se acabar de expor resulta, uma vez mais, que a observação de um justo equilíbrio é condição necessária, no plano das restrições e interferências, ao direito de proporcionalidade.

Em consonância com o caso anteriormente apresentado, o caso *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*<sup>414</sup> permite-nos observar, com maior rigor, o conteúdo essencial do princípio da proporcionalidade, vertido no “justo equilíbrio” entre os interesses gerais e os requisitos de proteção dos direitos dos indivíduos. Anteriormente analisado<sup>415</sup>, este caso incide sobre a introdução de nova legislação que, com base na Constituição grega de 1975, veio a tornar nula e inexecutável uma sentença arbitral fixada pelo Tribunal Arbitral, no âmbito de um litígio que opôs Stratis Andreadis – proprietário da Stran Greek Refineries – e o Estado grego.

Após o TEDH considerar que a existência de uma decisão arbitrária a favor do peticionário configura, na aceção do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, um bem patrimonial inscrito na sua esfera jurídica sobre o qual se verifica ter existido uma interferência por parte das autoridades gregas, estas procuraram justificar a interferência em plúrimas razões de interesse público, entre as quais: a eliminação das consequências económicas do período do regime militar, a eliminação do

---

<sup>413</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafos 38 – 44.

<sup>414</sup> Cf. *Case of Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, December 9<sup>th</sup> of 1994.

<sup>415</sup> Cf. página 73.

descrédito do Estado, e a afirmação da vontade soberana e das instituições democráticas<sup>416</sup>.

Ao apreciar os fundamentos arrolados pelo Estado grego, o TEDH considerou que é legítimo a um Estado fazer cessar unilateralmente os efeitos contratuais dos contratos celebrados com privados, que revelam ser prejudiciais para a economia<sup>417</sup>. Reiterando o entendimento dos tribunais internacionais e dos tribunais arbitrais, sublinhou-se que os Estados têm o poder soberano de modificar ou mesmo cessar os contratos celebrados com privados, mediante o pagamento de uma compensação<sup>418</sup>. Não obstante, o Tribunal de Estrasburgo ressaltou a ideia de que a cessação unilateral dos contratos não prejudica nem afeta certas cláusulas, como seja a cláusula arbitral.

Nesta linha de pensamento, caso a cessação unilateral dos contratos afetasse o conteúdo deste tipo de cláusulas, criar-se-ia, por esta via, uma forma de uma das partes do contrato evadir-se ao litígio judicial<sup>419</sup>. Acresce que o sistema judicial grego reconhece a autonomia das cláusulas arbitrais, tal como foi entendido pelo tribunal de primeira instância de Atenas, pelo tribunal arbitral, e pelo Tribunal de Cassação. Neste âmbito, entende o TEDH que o Estado grego está obrigado ao pagamento de uma compensação, a qual foi fixada pelo tribunal arbitral, que, segundo a vontade das partes, é o tribunal competente para a resolução do litígio em causa<sup>420</sup>.

Ainda na análise do TEDH, é referido que o Estado, ao intervir numa fase em que o litígio se encontrava a decorrer perante o Tribunal de Cassação, através da adoção de uma lei que veio a tornar a decisão arbitral nula e inexecutável, perturbou o justo equilíbrio entre a proteção do direito de propriedade e o interesse público, criando um encargo excessivo sobre a esfera jurídica dos petionários. Conclui-se assim pela existência de uma violação do direito do

---

<sup>416</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 70.

<sup>417</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 72 – 75.

<sup>418</sup> *Idem.*

<sup>419</sup> *Idem.*

<sup>420</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 73.

direito de propriedade, nos termos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, com respeito ao requisito da proporcionalidade<sup>421</sup>.

#### 4.1.1.1.3. Compensação

Como *supra* analisado, a compensação influi no juízo do justo equilíbrio entre o direito de propriedade e os interesses públicos e gerais. Embora o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH não se refira expressamente ao pagamento de uma compensação, esta surge como requisito implícito. A necessidade de observar pelo pagamento de uma compensação é particularmente exigível no âmbito da segunda regra da propriedade, que respeita à privação da propriedade, não obstante de se aplicar igualmente às demais interferências no direito da propriedade. A enunciação deste requisito, ainda que implícito, está patente em várias das decisões do TEDH, sendo possível encontrar múltiplas referências ao pagamento de uma compensação.

No caso *James v. United Kingdom*<sup>422</sup>, a compensação é enunciada enquanto requisito para a verificação de um justo equilíbrio entre as partes. No caso em apreço, os peticionários alegaram que haviam sido privados do seu direito de propriedade, em resultado de uma alteração legislativa ao “*Leasehold Reform Act 1967*”, por via da qual os inquilinos de longa duração passaram a dispor de um direito de adquirir a plena propriedade – “*freehold*”<sup>423</sup> – dos imóveis pertencentes aos administradores – “*trustees*”. O exercício compulsório deste direito compeliu os peticionários à venda de algumas das 2.000 habitações de que eram proprietários<sup>424</sup>. Com fundamento na ingerência da liberdade e vontade negocial das partes, na frustração de legítimas expectativas negociais advindas dos contratos de arrendamento celebrados, na obrigação de venda da propriedade contra a sua vontade, abaixo do preço de mercado, e na privação da sua

---

<sup>421</sup> Cf. *Op. Cit.* parágrafo 75.

<sup>422</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986.

<sup>423</sup> Na terminologia jurídica anglo-saxónica, o termo “*freehold*” reporta-se ao direito possuir e utilizar um imóvel durante um período de tempo ilimitado.

<sup>424</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafos 12 – 28.

propriedade, os peticionários alegaram pela violação do seu direito de propriedade, resultante da incompatibilidade entre a alteração legislativa do “*Leasehold Reform Act 1967*” e o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>425</sup>.

Ao analisar o caso, o TEDH principiou por observar pela existência de um “*bem*” inscrito na esfera jurídica dos peticionários enquanto sua propriedade, para posteriormente concluir pela aplicação da segunda regra da propriedade – relativa à privação da propriedade<sup>426</sup>.

Considerados os fundamentos da restrição, as suas finalidades, e a adequação dos meios utilizados, o Tribunal veio a pronunciar-se concretamente sobre a compensação, afirmando no presente caso, que à luz de uma análise realizada ao direito interno dos Estados-membros, verifica-se que a privação da propriedade, por razões de utilidade pública, somente pode justificar a inexistência de uma compensação em circunstâncias excepcionais<sup>427</sup>. Não obstante do artigo 1º do Protocolo n.º 1 da CEDH não conter uma previsão expressa deste requisito, o mesmo deve compreender-se como implícito, e tal como afirma o TEDH na sua decisão “(...) *the protection of the right of property it affords would be largely illusory and ineffective in the absence of any equivalent principle*”<sup>428</sup>. A existência e a concretização de uma compensação são essenciais ao avaliar o “justo equilíbrio” entre os vários interesses em presença, descortinando pela existência ou inexistência de um encargo excessivo e desproporcional na esfera jurídica de uma das partes, tipicamente, dos peticionários<sup>429</sup>.

No caso em apreço, os peticionários contestaram a existência do “*interesse público*” na alteração legislativa, alegando tratar-se de uma medida de promoção eleitoral e política<sup>430</sup>, e objetaram à compensação, em consideração da

---

<sup>425</sup> *Idem*.

<sup>426</sup> *Idem*.

<sup>427</sup> Refere o TEDH que “(...) *under the legal systems of the Contracting States, the taking of property in the public interest without payment of compensation is treated as justifiable only in exceptional circumstances not relevant for present purposes*”. Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, parágrafo 54.

<sup>428</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 54.

<sup>429</sup> *Idem*.

<sup>430</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 48.

determinação e avaliação do preço devido pelo pagamento do “*freehold*”, que, segundo os mesmos, se situava abaixo do valor de mercado.

Na sua análise, o TEDH foi perentório em observar que, naquilo que respeita ao “*interesse público*”, as autoridades públicas dos Estados-membros da CEDH dispõem de uma dilatada margem de apreciação<sup>431</sup>. Como tal, as razões de ordem social e económica invocadas pelo Reino Unido como fundamento à alteração legislativa ao “*Leasehold Reform Act 1967*” foram consideradas como um meio adequado a atingir um fim, que se impõe como legítimo<sup>432</sup>.

Relativamente à compensação, o TEDH – guiado pelas sucessivas alegações dos peticionários –, considerou, em particular, o processo de determinação do montante devido pelo exercício compulsório do “*freehold*”; os procedimentos legalmente previstos e a sua conformidade com o Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH; e ainda os requisitos que este mesmo Artigo exige, com especial consideração pelo princípio da legalidade. Quanto à determinação do valor da compensação, a Comissão e o TEDH são unívocos em considerar que se trata de um requisito, ainda que implícito, extraído da leitura geral do Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Contudo, esta conclusão não significa que os peticionários possuam um direito a uma compensação integral, pois razões de ordem social e económica influem igualmente na determinação do seu valor<sup>433</sup>.

A contestação relativa ao valor da compensação, e ao prejuízo causado em função do momento em que o mesmo é determinado e o momento em que é

---

<sup>431</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafos 39 – 52.

<sup>432</sup> Na linha seguida pelo TEDH “(...) the notion of “public interest” is necessarily extensive. In particular, (...) the decision to enact laws expropriating property will commonly involve consideration of political, economic and social issues (...). The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is “in the public interest” (...). Eliminating what are judged to be social injustices is an example of the functions of a democratic legislature. More especially, modern societies consider housing of the population to be a prime social need, the regulation of which cannot entirely be left to the play of market forces. (...) The Court therefore agrees with the Commission’s conclusion: the United Kingdom Parliament’s belief in the existence of a social injustice was not such as could be characterised as manifestly unreasonable.” Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafos 46 – 47.

<sup>433</sup> Quanto à apreciação do TEDH, o mesmo denota que “(...) the Court’s power of review is limited to ascertaining whether the choice of compensation terms falls outside the State’s wide margin of appreciation in this domain”. Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 54.



efetivamente pago, não acolheu junto do TEDH, tendo este considerado que os atrasos verificados entre estes dois momentos não são de tal ordem relevantes que se manifestem contrários ao sentido do Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>434</sup>.

Quanto às “*condições previstas pela lei*”, tal como expressa a letra do Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, o TEDH principiou por realçar que o termo não se reporta somente à lei doméstica, mas igualmente à consideração pelo princípio da legalidade. À luz dessa consideração, e analisados os factos do caso, o Tribunal considerou não existirem bases para concluir pela violação do Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>435</sup>. A conclusão alcançada teve por base duas razões principais: em primeiro lugar, verifica-se que os peticionários dispunham da possibilidade de recorrer, para um tribunal competente, da decisão relativa à determinação do valor da compensação; e, em segundo lugar, observou-se que a determinação do montante indemnizatório não operou de forma arbitrária, mas em respeito das condições legalmente previstas no “*Leasehold Reform Act 1967*”<sup>436</sup>.

Nas palavras do TEDH, o exercício compulsório dos inquilinos, que, nos termos e condições da legislação em vigor, lhes permitia adquirir o “*freehold*” [propriedade plena] dos imóveis sobre os quais incidia um contrato de arrendamento de longa duração, “*(...) did **not result** in placing an **excessive burden on the applicants**, over and above the disadvantageous effects generally inherent for landlords in the application of the scheme set up under the leasehold reform legislation. Accordingly, the **requisite balance** under Article 1 (P1-1) was not destroyed.*” [destacado nosso]<sup>437</sup>

A existência de uma compensação é, em alguns casos, determinante para ajuizar pelo “*justo equilíbrio*” da relação de interesses entre os indivíduos e demais pessoas coletivas e os interesses públicos. O caso *Chassagnou v. France*<sup>438</sup> reporta-

---

<sup>434</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 57.

<sup>435</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 67.

<sup>436</sup> *Idem*.

<sup>437</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 69.

<sup>438</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58288>, acedido a 22/08/2016.

se igualmente aos termos e às condições em que se estrutura a compensação. No presente caso, os peticionários, na qualidade de proprietários de um prédio rústico com cerca de vinte hectares, detinham, segundo a lei francesa à altura aplicável, o direito exclusivo de caça sobre as suas propriedades. Contudo, a predominância de terrenos agrícolas de pequena dimensão, sobretudo em zonas rurais do sul de França, impulsionou a criação espontânea de várias associações de caça, que se debatiam pela implementação da “*chasse banale*”, uma espécie de direito “à caça”, através do qual era permitida a caça em terrenos privados, desde que o proprietário não se opusesse expressamente.

Em respeito da realidade vivenciada em França, nos inícios da década de sessenta do século XX, as autoridades francesas consideraram benéfica a agregação de todos os proprietários de pequenos terrenos, visando a criação de associações através das quais fossem concedidos direitos mútuos de caça a todos os proprietários. Nesse sentido, foi implementada a Lei n.º 64-696 de 10 de julho de 1964, conhecida como “*Loi Verdeille*”, através da qual foram criadas várias associações de caça municipais – “ACCAs”, *Associations Communales de Chasse Agréées* – e intermunicipais – AICAs, *Associations Inter-communales de Chasse Agréées*<sup>439</sup>. A criação destas associações, reconhecidas pela “*Loi Verdeille*”, agregava um conjunto de vários terrenos de pequena dimensão em áreas concretamente delimitadas, compelindo os proprietários a tomarem parte das associações e a cederem o direito exclusivo de caça sobre os terrenos, cedendo-o aos demais associados.

Todavia, os peticionários, membros do “*Anti-Hunting Movement*” e da “*Association for the Protection of Wildlife*”, associações de defesa dos animais e da vida selvagem, alegaram que a concessão dos seus direitos exclusivos de caça colocava em causa o seu direito de propriedade, tal como este se encontra formulado nos termos do Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>440</sup>.

Após esgotadas todas as vias de recurso interno, em concreto, o Tribunal de Grande Instância de Périgueux, o Tribunal de Apelação de Bordeaux, o Tribunal de

---

<sup>439</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 10 – 18.

<sup>440</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 19.

Cessação Francês, o Tribunal Administrativo de Limoges, e o Conseil d'État, os peticionários recorreram perante o TEDH<sup>441</sup>, alegando que haviam sido obrigados a proceder à transferência dos direitos sobre a sua propriedade – em particular, o direito de caça – para as associações municipais e intermunicipais; que, independentemente da sua vontade, integraram automaticamente a qualidade de associados; não dispondo, além do mais, de meios aptos a impedir que os demais associados de praticarem caça na sua propriedade<sup>442</sup>. Evocaram assim, entre outros, a violação do seu direito de propriedade à luz do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

O TEDH encetou a sua análise pela constatação de que, embora os peticionários não se vissem privados da sua propriedade, a transferência compulsória dos seus direitos sobre os seus terrenos, para as referidas associações, impedia-os de exercer o seu direito de caça, o qual se relaciona diretamente com o direito à propriedade<sup>443</sup>. Desta forma, a interferência no seu direito de propriedade constituía, indubitavelmente, um controlo sobre o uso da propriedade, ao qual é aplicável a terceira regra da propriedade, ínsita no segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

Em referência ao escopo desta interferência, o TEDH salientou que o seu exame deve construir-se a partir do princípio geral contido na primeira frase do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, segundo o qual “*qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito pelos seus bens*”. Tendo presente este princípio, a interferência, para que se torne justificável, deve alcançar um “*justo equilíbrio*” entre os interesses gerais e os requisitos de proteção dos direitos dos indivíduos<sup>444</sup>. Assim, quanto ao objetivo do controlo do uso da propriedade dos peticionários, considerados os argumentos de ambas as partes, o TEDH concluiu que é de interesse geral evitar a não-regulamentação da caça – *i.e.* regular o “*chasse*

---

<sup>441</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 19 – 65.

<sup>442</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafos 66 – 67.

<sup>443</sup> E o TEDH acrescenta mesmo que “(...) although opposed to hunting on ethical grounds, they are obliged to tolerate the presence of armed men and gun dogs on their land every year”. Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 74.

<sup>444</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 75.

*banale*” –, e impor uma gestão racional das peças de caça<sup>445</sup>. No exame relativo à proporcionalidade entre o interesse geral e a proteção dos direitos dos indivíduos, aferiu-se que a “*Loi Verdeille*” não continha efetivamente qualquer previsão normativa ou solução jurídica que impossibilitasse a transferência compulsória do direito de caça dos peticionários para as restantes associações municipais e intermunicipais<sup>446</sup>.

Relativamente à compensação, o Governo francês alegou que, não obstante dos peticionários deixarem de usufruir do direito exclusivo a caçar nos seus territórios, através da transferência compulsória desse direito, estavam habilitados a caçar em todos os terrenos englobados nas áreas onde se encontravam as estas associações<sup>447</sup>. Em consideração do facto dos peticionários se oporem à caça, pertencendo inclusivamente a associações de proteção dos animais e defesa da vida selvagem, o TEDH observou que tal possibilidade, referida pelo Governo Francês, não poderia constituir uma compensação face à interferência ocorrida no direito de propriedade<sup>448</sup>. Tal asserção influi na consideração de que a “*Loi Verdeille*” não contemplava qualquer medida de compensação para os proprietários que se opunham à caça ou desejassem não exercer o seu direito de caça<sup>449</sup>.

Desta forma, o TEDH concluiu que, não obstante do objetivo legítimo que a “*Loi Verdeille*” pretendia alcançar, o sistema de transferência compulsória do direito exclusivo de caça, provocou um desequilíbrio no “*justo equilíbrio*” entre a proteção do direito de propriedade dos peticionários e os interesses gerais. A isto acresce a seguinte consideração: “*Compelling small landowners to transfer hunting rights over their land so that others can make use of them in a way which is totally*

---

<sup>445</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 79.

<sup>446</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 81 – 82.

<sup>447</sup> *Idem*.

<sup>448</sup> Neste sentido, o TEDH conclui que “(...) *that compensation is valuable only in so far as all the landowners concerned are hunters or accept hunting*”. *Idem*.

<sup>449</sup> Prossequindo na sua análise, o TEDH refere ainda o seguinte: “*Similarly, compensation for the loss of profits caused by deprivation of a previous source of income concerns only landowners who, before the creation of an ACCA in their municipality, derived income from exercise of their hunting rights, by renting them out for example; this did not apply to the applicants in the present case*”. Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 82.

*incompatible with their beliefs imposes a disproportionate burden which is not justified under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1*"<sup>450</sup>. A inexistência de uma compensação levou à consideração de que a terceira regra da propriedade, nos termos do segundo parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, permitiu concluir pela violação do direito de propriedade. Conforme analisado, a compensação é um requisito implícito que influi na consideração de uma relação proporcional entre as partes. Ainda que não seja exigida uma compensação integral em todas as circunstâncias, a verificação de uma compensação é fulcral para ajuizar pelo "*justo equilíbrio*". Este requisito impõe, no seu *minimum*, que haja lugar ao pagamento de um montante razoavelmente compatível com o valor da propriedade<sup>451</sup>.

Acerca da determinação do montante compensatório incide igualmente o caso *Lithgow v. the United Kingdom*<sup>452</sup>, no qual as participações sociais dos peticionários – empresas de construção naval e de aeronaves – foram nacionalizadas através do *Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977* – "*The 1977 Act*". Embora estejamos em presença de uma restrição ao nível da privação da propriedade, em conformidade com a segunda regra da propriedade, constante da segunda frase do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, os peticionários não contestaram os objetivos perseguidos pelo processo de nacionalização<sup>453</sup>. A sua objeção recaiu sobre o montante compensatório pago, o qual consideravam inadequado e, como tal, incompatível com o direito de propriedade tal como este se encontra erigido à luz do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>454</sup>.

No presente caso, o TEDH foi sucinto em concluir pela aplicação da segunda regra da propriedade, referente à privação da propriedade, deixando em aberto, porém, a necessidade de se proceder ao exame e à verificação dos requisitos

---

<sup>450</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 85.

<sup>451</sup> Igualmente neste sentido, vide CARSS-FRISK, M., (2003), *The right to property...*, Human Rights Handbooks, No. 4, Council of Europe, p. 41.

<sup>452</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57526>, acedido a 05/09/2016.

<sup>453</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 105.

<sup>454</sup> *Idem*.

ínsitos nesta regra<sup>455</sup>. Neste âmbito, os peticionários alegaram que, à data em que foi implementado o processo de nacionalização, o montante da compensação representava somente uma fração do valor das suas participações sociais. Em contestação do montante atribuído, alegaram ainda que o pagamento da compensação não se compreendia dentro do âmbito das razões de “*utilidade pública*”, além de que a determinação deste valor operou de forma arbitrária, não se compaginando com requisito relativo às “*condições previstas pela lei*”, previsto no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>456</sup>.

Por seu turno, o TEDH rejeitou a admissibilidade das alegações, com base na consideração de que o pagamento de um montante compensatório figura enquanto requisito implícito do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, não sendo uma derivação do requisito da “*utilidade pública*”. Reiterou igualmente que a referência às “*condições previstas pela lei*” reporta-se, em primeiro lugar, à existência e conformidade das regras internas relativas à previsão de uma compensação, as quais não foram contestadas pelos peticionários<sup>457</sup>.

A referência do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH aos “*princípios de direito internacional*” foi igualmente invocada, sob o argumento de que, nos termos do direito internacional, exige-se o pagamento de uma compensação adequada, célere, e eficaz, em caso de privação da propriedade dos cidadãos estrangeiros, mas também no caso de cidadãos nacionais<sup>458</sup>. As referências aos “*princípios gerais de direito internacional*” têm levado o TEDH a pronunciar-se diversas vezes sobre o seu escopo e alcance. Também no caso em apreço, veio a esclarecer-se que esta referência reporta-se aos cidadãos estrangeiros, em respeito das seguintes razões.

---

<sup>455</sup> Refere o TEDH: “*The applicants were clearly “deprived of (their) possessions”, within the meaning of the second sentence of Article 1 (P1-1); indeed, this point was not disputed before the Court. It will therefore examine the scope of that sentence’s requirements and then, in turn, whether they were satisfied*”. Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 107.

<sup>456</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 108.

<sup>457</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafos 109 – 110.

<sup>458</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 111.

Em primeiro lugar, a referência aos princípios gerais de direito internacional visa possibilitar o acesso direto dos cidadãos de Estados terceiros aos mecanismos jurisdicionais da CEDH, permitindo fazer valer os seus direitos à luz dos princípios do Direito Internacional<sup>459</sup>. Em segundo lugar, pretende salvaguardar a posição dos cidadãos estrangeiros, excluindo qualquer argumento que afirme que a entrada em vigor do artigo 1.º do Protocolo n.º1 da CEDH – atentas as três regras da propriedade e a possibilidade de se operarem restrições ao direito de propriedade –, representa uma diminuição efetiva dos seus direitos<sup>460</sup>. Por fim, refere o TEDH, que a referência à “*utilidade pública*” inclui-se na generalidade dos princípios de Direito Internacional, pelo que a referência expressa aos mesmos ter-se-ia por supérflua, não fosse o entendimento de que visa alcançar objetivos distintos em relação aos cidadãos não-nacionais<sup>461</sup>.

Sobre a questão da compensação em particular, o TEDH observou que, à luz dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, a privação da propriedade, em persecução do interesse público, sem que haja lugar ao pagamento de um montante indemnizatório, somente é justificável em casos excecionais.

A restrição operada ao direito de propriedade dos indivíduos e das pessoas coletivas deve compreender uma relação de proporcionalidade entre os interesses gerais e as medidas concretamente aplicadas. A aferência pela proporcionalidade consubstancia-se no ajuizamento pelo “*justo equilíbrio*” entre os interesses gerais e a proteção dos direitos dos indivíduos. Nesse sentido, conclui o TEDH, a previsão e a existência da compensação constitui um elemento material de aferição do “*justo equilíbrio*”, sem a qual se impõe sobre os indivíduos um encargo excessivo e desproporcional<sup>462</sup>. Todavia, a previsão do pagamento de um montante

---

<sup>459</sup> O TEDH acrescenta que, sem tal previsão, os cidadãos de Estados terceiros dificilmente conheceriam de um grau de proteção efetivo dos seus direitos, restando-lhes o recurso às vias diplomáticas ou aos mecanismos jurisdicionais dos Estados-membros da CEDH, sem que pudessem recorrer de tais decisões. Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 115.

<sup>460</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 115.

<sup>461</sup> *Idem*.

<sup>462</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafos 120 - 122.

compensatório não se traduz num direito a uma compensação integral. Razões de interesse público, sobretudo as relacionadas com a implementação de medidas económicas, justificam, em determinados casos, que o pagamento do montante indemnizatório se realize abaixo do valor de mercado<sup>463</sup>. Acresce que o pagamento de uma compensação afere-se casuisticamente, sendo necessário apreciar todos os circunstancialismos a que o caso se prescreve e o tipo de propriedade sobre a qual incide<sup>464</sup>. Para o TEDH, a questão essencial no caso em apreço reside em saber se a determinação do valor compensatório se engloba na margem de apreciação do Estado<sup>465</sup>.

A análise do Tribunal incidiu assim sobre os termos e os efeitos resultantes da implementação do sistema compensatório estabelecido pelo “1977 Act”. Quanto ao sistema utilizado para determinar o montante compensatório, que tomou por base quatro métodos distintos de apuramento da cotação das ações não cotadas na Bolsa de Valores<sup>466</sup>, o TEDH concluiu pela não violação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>467</sup>. Relativamente aos efeitos resultantes da aplicação do sistema estabelecido pelo “1977 Act”, a discrepância entre o montante da compensação e o valor real das participações dos peticionários foi alvo de uma detalhada análise, em consideração de vários fatores, entre os quais se compreendem *i)* a ausência de uma provisão normativa relativa ao desenvolvimento das empresas durante o período compreendido entre 1974 e 1977 – que permitisse atualizar os valores apurados no pagamento da compensação; *ii)* a ausência de qualquer disposição normativa que incidisse sobre a inflação verificada nos períodos em referência; e

---

<sup>463</sup> *Idem*.

<sup>464</sup> O TEDH deixa patente que: “*It would, in the Court’s view, be artificial in this respect to divorce the decision as to the compensation terms from the actual decision to nationalise, since the factors influencing the latter will of necessity also influence the former*”. Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafos 120 – 122.

<sup>465</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafos 120 – 122.

<sup>466</sup> *Vide Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 36.

<sup>467</sup> Para tal conclusão contribuiu o argumento do governo britânico, que, em referência ao período volvido entre a nacionalização das participações sociais dos peticionários e o pagamento efetivo dos montantes indemnizatórios, alegou existir uma afetação artificial do valor das ações em razão de ser conhecida a intenção de operar a uma nacionalização. Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 122.



iii) a ausência de uma previsão normativa no “1977 Act” que diferenciase entre o valor que a detenção de um conjunto maioritário de ações numa determinada empresa representa, e o seu valor meramente comercial, considerando somente os valores presentes na cotação da Bolsa de Valores<sup>468</sup>.

Em face das circunstâncias descritas, após um extenso exame do TEDH<sup>469</sup>, verificou-se que o sistema de apuramento do montante compensatório não era contrário ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Esta conclusão teve suporte num conjunto de elementos que permitiu aferir, em determinados aspetos, que o pagamento de um montante compensatório revelou ser vantajoso para os peticionários. Em concreto, apurou-se que, durante o período compreendido entre o procedimento que deu início ao processo de nacionalização e o “*Vesting Day*”<sup>470</sup>, foram acumulados juros a uma taxa razoável – na expressão do TEDH –, além de que o pagamento dos montantes compensatórios foi realizado no momento imediatamente seguinte ao apuramento do valor da compensação<sup>471</sup>. Este “*equilíbrio*” permitiu concluir que, no caso em apreço, a proteção do direito de propriedade dos peticionários manteve uma relação de proporcionalidade em relação aos interesses gerais.

O exame destes casos permitir-nos-á retirar um conjunto de conclusões relativamente ao requisito referente à compensação. Em primeiro lugar, conforme foi primeiramente analisado no caso *James and others v. the United Kingdom*<sup>472</sup>, a compensação prefigura um requisito implícito do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, determinante para a aferição do “*justo equilíbrio*” entre os interesses das

---

<sup>468</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafos 137– 151.

<sup>469</sup> *Idem*.

<sup>470</sup> O termo “*Vesting Day*” ou Dia da Aquisição, é uma expressão utilizada predominantemente no sector empresarial, e que se reporta ao momento (dia) em que as participações sociais detidas pelos acionistas de uma sociedade comercial, formalmente nacionalizada, são transferidas para os novos acionistas (Estado).

<sup>471</sup> Cf. *Case of Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986, parágrafo 151.

<sup>472</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986.

partes. No caso *Chassagnou and others v. France*<sup>473</sup>, observámos que somente é admissível a exclusão de um montante indemnizatório em casos excepcionais e devidamente fundamentados. Por norma, tais exceções são admitas no âmbito das reformas económicas específicas.

Por fim, do caso *Lithgow and others v. the United Kingdom*<sup>474</sup> é possível retirar duas conclusões principais: em primeiro lugar, a apreciação relativa à compensação deve considerar casuisticamente todos os aspetos que relevem no ajuizamento de um “*justo equilíbrio*” entre as partes; em segundo lugar, a exigência do pagamento de uma compensação não se traduz num direito a receber uma compensação integral, porquanto razões de interesse geral e económico poderão influir na determinação do valor concreto, considerando também aqui a margem de apreciação que assiste aos Estados.

#### 4.1.1.1.4. Interesse Público ou Geral

Em conformidade com o que temos vindo a analisar, qualquer restrição ao direito de propriedade deve visar a prossecução de uma “*utilidade pública*” ou de um “*interesse geral*”<sup>475</sup>. Independentemente da terminologia utilizada, o interesse público constitui um requisito que preside à justificação das restrições ao direito de propriedade. Manifestando-se sobre diferentes formas e perspetivas, tem-se entendido que os Estados possuem uma ampla margem de apreciação relativamente às matérias e realidades que se englobam no conceito de “*interesse público*”. Em alguns dos casos anteriormente analisados, constatou-se ser este o sentido em que aponta a jurisprudência do TEDH.

Não obstante, afigura-se oportuno retomar, em maior detalhe, a análise relativa à prossecução do interesse público. Reexaminando o caso *James and others*

---

<sup>473</sup> Cf. *Case of Chassagnou and others v. France*, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999.

<sup>474</sup> Cf. *Case of - Lithgow and others v. the United Kingdom*, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, July 8<sup>th</sup> of 1986.

<sup>475</sup> A terminologia empreendida resulta das diferentes expressões que o artigo incorpora. Nos termos da 2.<sup>a</sup> Regra da Propriedade, relativa à privação da propriedade, é utilizada a expressão “*utilidade pública*”, porquanto nos termos da 3.<sup>a</sup> Regra da Propriedade, relativa ao controlo do uso da propriedade, utiliza-se a expressão “*Interesse geral*”.

v. *the United Kingdom*<sup>476</sup>, relembramos que aqui, os peticionários – “trustees” da propriedade do Duque de Westminster, constituída por 2.000 imóveis habitacionais –, alegavam que a implementação do “*Leasehold Reform Act 1967*” violava o seu direito de propriedade, ao permitir que os arrendatários de longa duração exercessem de modo compulsivo o direito de adquirir o “*freehold*”<sup>477</sup> sobre os imóveis, por um valor abaixo do valor de mercado<sup>478</sup>.

Ao analisar o caso em apreço, o TEDH considerou que a restrição operada ao direito de propriedade dos peticionários configurava uma privação da propriedade, relembrando a inclusão das “*Três Regras*” da propriedade no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, enunciadas primeiramente no caso *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*<sup>479</sup>. Sem que a aplicação da segunda regra da propriedade, alusiva à privação da propriedade, fosse contestada pelas partes, a tónica do litígio centrou-se em torno da “*utilidade pública*” do “*Leasehold Reform Act 1967*”, considerando que a transferência da propriedade operou, não para o domínio do Estado, mas para o domínio de outros indivíduos<sup>480</sup>. Por tal motivo, os peticionários consideraram que, à luz da segunda frase do primeiro parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, o requisito de “*utilidade pública*” não fora preenchido e, como tal, a restrição ao seu direito de propriedade não se encontrava justificada.

Por seu turno, o TEDH considerou que a transferência da propriedade de um indivíduo para outro, consoante as circunstâncias concretas, pode constituir

---

<sup>476</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986.

<sup>477</sup> “*Freehold*” é um termo jurídico cujo conteúdo se assemelha ao conceito de plena propriedade, no direito português.

<sup>478</sup> Foi igualmente alegado pelos peticionários que o exercício compulsório do direito a adquirir o “*freehold*”, por parte de 80 arrendatários, acarretou uma perda de aproximadamente dois milhões de libras para a propriedade do Duque de Westminster. Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafos 10 – 29.

<sup>479</sup> Em conformidade com o TEDH: “*The first rule, which is of a general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; it appears in the second sentence of the same paragraph. The third rule recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose; it is contained in the second paragraph*”. Cf. *Case of Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75; 7152/75, Council of Europe, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 61.

<sup>480</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 38.

um meio legítimo de promoção do interesse público. Prossegue, afirmando que a referência à “*utilidade pública*” não permite que se conclua pela obrigatoriedade de colocar a propriedade transferida à disposição do uso público. A privação da propriedade, e a consequente transferência de um indivíduo para outro, não se apresentam, por princípio, contrários à “*utilidade pública*” de tais medidas. O Tribunal observa que a privação da propriedade que vise a prossecução de políticas de justiça social ou económica compreende-se nas razões de “*utilidade pública*”, ainda que para a maioria da sociedade não haja um benefício direto<sup>481</sup>.

Contudo, afigura-se necessário proceder a um exame casuístico do presente caso, submetendo-o ao “*public interest test*” e à verificação dos demais requisitos incluídos no Artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, considerando nomeadamente a margem de apreciação que assiste ao Estado e a adequação entre a medida implementada e o objetivo perseguido.

Quanto ao primeiro aspeto – margem de apreciação –, o TEDH considera que as autoridades nacionais estão melhor posicionadas, face ao juiz internacional, para aferir da “*utilidade pública*” das medidas implementadas, em razão da sua proximidade com a sociedade e do acompanhamento das suas necessidades concretas<sup>482</sup>. Acresce que a noção de “*utilidade pública*” é necessariamente extensiva e que, em particular, a expropriação da propriedade envolve comumente considerações políticas, económicas e sociais, as quais, no seio de uma sociedade democrática, geram diversas opiniões e interpretações. Nessa medida, aludindo às palavras do próprio Tribunal, é natural que “*(...) the **margin of appreciation** available to the legislature in implementing social and economic policies **should be a wide one**, will respect the legislature’s judgment as to what is “in the public interest” **unless that judgment be manifestly without reasonable foundation***” [destacado nosso]<sup>483</sup>.

Relativamente à questão de saber se os objetivos prosseguidos pelo “*Leasehold Reform Act 1967*” são legítimos, o TEDH reafirmou, perante as alegações

---

<sup>481</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafos 38 – 45.

<sup>482</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 46.

<sup>483</sup> *Idem*.

dos peticionários, que a margem de apreciação dos Estados é suficientemente ampla para abranger toda a legislação destinada a garantir uma maior justiça social no âmbito do arrendamento, não obstante das interferências que possam ocorrer entre as relações contratuais existentes entre os particulares. A inexistência de um benefício direto para o Estado, ou para a maioria da sociedade, não desvirtua a conclusão precedente<sup>484</sup>. Em virtude dos contextos sociais e políticos existentes à época e em contraponto com as alegações de que o “*Leasehold Reform Act 1967*” configurava uma medida populista destinada à campanha eleitoral, o Tribunal defendeu não ser ilegítimo, nem manifestamente desadequado, supor que o Parlamento Britânico visava prosseguir medidas que permitissem o reajustamento da justiça social<sup>485</sup>.

O Tribunal apreciou igualmente pelo “*justo equilíbrio*” entre os interesses gerais e a proteção dos direitos dos indivíduos, materializados na relação de proporcionalidade e de adequação entre as medidas concretamente aplicadas e os objetivos que estavam visavam atingir. De acordo com os peticionários, as medidas implementadas eram demasiado severas, não sendo congruentes com o princípio da proporcionalidade e da adequação, uma vez que assentavam no pressuposto de que, somente através delas, se poderiam atingir os objetivos propostos. Em suma, a essencialidade das medidas ficara por demonstrar. Todavia, outro foi o entendimento do TEDH, que asseverou não ser da sua competência pronunciar-se sobre qual a melhor solução possível para corrigir as injustiças sociais, ou qual a melhor forma que o legislador possuía para exercer os seus poderes<sup>486</sup>.

O “*justo equilíbrio*” entre os interesses das partes encontra-se na consideração de que, a qualquer uma delas, não terá sido imposto um encargo excessivo e desproporcional. Nesse sentido, a existência de uma compensação, nos termos por nós analisados no ponto anterior, permite terminar pelo “*justo equilíbrio*” dos interesses de ambas as partes.

---

<sup>484</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 47.

<sup>485</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 49.

<sup>486</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 51.

Adicionalmente, também no âmbito da determinação do montante indemnizatório influem os “*interesses públicos*”. Ponderados os interesses sociais e económicos que fundamentam a aplicação das medidas contidas no “*Leasehold Reform Act 1967*”, é legítimo – no entendimento do TEDH – que o montante da compensação seja inferior ao valor de mercado, competindo-lhe somente apurar se os termos da compensação se englobam ou não na margem de apreciação dos Estados<sup>487</sup>. Além disso, como vimos anteriormente, outros factores, como o pagamento das rendas em contratos de longa duração, e os montantes pecuniários despendidos pelos arrendatários nas obras de manutenção e de requalificação, contribuíram para a consideração de que o valor recebido pelos proprietários, após exercido o direito dos arrendatários a adquirir o “*freehold*”, aproximava-se do valor de mercado<sup>488</sup>. Assente que foi alcançado um “*justo equilíbrio*” entre as partes, o Tribunal considerou que nem os termos da “*Leasehold Reform Act 1967*”, nem as condições em que se processou a compensação, eram contrárias as disposições do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

A análise do caso *James v. the United Kingdom* revela-se importante quanto à determinação “*utilidade pública*”, pelos motivos seguidamente apresentados. Em primeiro lugar, permite-nos retirar a conclusão que, no seguimento da jurisprudência do TEDH, os Estados possuem uma larga margem de apreciação das matérias que se englobam no conceito de “*utilidade pública*”. Em segundo lugar, o conceito é igualmente determinante para a análise do Tribunal, sobretudo na ponderação pela proporcionalidade dos meios empregues e das finalidades a atingir. Igualmente, no exame relativo ao “*justo equilíbrio*” entre os interesses gerais e a proteção do direito de propriedade dos indivíduos, a “*utilidade pública*” é fulcral para que se determine que a nenhuma das partes foi imposto um encargo excessivo e desproporcional. Por último, no referente à compensação, a “*utilidade pública*” pode tornar legítima a restrição operada ao direito de propriedade,

---

<sup>487</sup> “Furthermore, the Court’s power of review is limited to ascertaining whether the choice of compensation terms falls outside the State’s wide margin of appreciation in this domain”. Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 54.

<sup>488</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 56.

nomeadamente quando, em função das medidas sociais e económicas que se pretendam implementar, não haja lugar a uma compensação integral.

O caso *Scollo v. Italy*<sup>489</sup> é igualmente relevante para a análise que presentemente nos ocupa, permitindo-nos compreender os limites que o conceito da “*utilidade pública*” encerra. O caso reporta-se a 1982, ano em que o peticionário adquiriu um apartamento, no qual vivia um arrendatário desde 1962. De acordo com a legislação que entrara em vigor anos antes, o contrato de arrendamento prolongar-se-ia até ao término do ano 1983. O peticionário informou o arrendatário da sua intenção de fazer cessar o contrato de arrendamento no final do ano de 1983, invocando razões relacionadas com o seu estado de saúde<sup>490</sup>, com a sua situação socioeconómica, e com o facto de o arrendatário não cumprir o dever de pagamento a que estava adstrito.

Como tal, solicitou ao arrendatário que desocupasse o imóvel, convocando-o para comparecer perante um magistrado de Roma – *pretore*. O magistrado veio a confirmar o pedido de desocupação do imóvel, fixando uma data, mais tarde por si próprio protelada<sup>491</sup>, para que o arrendatário entregasse o imóvel ao peticionário. Findo o prazo, o peticionário procurou executar a decisão que obrigava o arrendatário a desocupar o imóvel, embora sem lograr sucesso. Além da falta de cooperação do arrendatário, que se recusou a disponibilizar o imóvel, o Estado italiano, motivado em função do severo *deficit* habitacional de certas zonas de Itália, aprovou um decreto-lei que previa a suspensão das execuções relacionadas com as ações de despejo<sup>492</sup>.

Por diversas vezes, o peticionário insistiu junto do arrendatário para que este desocupasse o imóvel. Porém, por motivos ora relacionados com o próprio arrendatário, ora concernentes à introdução de novos diplomas legais que vieram a dilatar o período de arrendamento, o peticionário não foi capaz de recuperar e

---

<sup>489</sup> Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57936>, acedido a 07/09/2016.

<sup>490</sup> O peticionário era diabético e possuía um grau de deficiência de 71%.

<sup>491</sup> A prorrogação deste prazo teve por base a Lei n. 94, de 25 de março de 1982, que previa uma extensão de dois anos para os contratos de arrendamento em vigor.

<sup>492</sup> Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafos 7 – 19.

habitar o imóvel que havia adquirido<sup>493</sup>. Após recorrer aos tribunais judiciais internos, o peticionário alegou perante o TEDH, que o caso acima descrito, conformava uma violação ao seu direito de propriedade, nos termos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Em concreto, o peticionário alegou que o caso consumava uma expropriação *de facto*, nos termos da segunda frase do primeiro parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, referente à segunda regra da propriedade<sup>494</sup>.

O TEDH principiou pela análise relativa às “*Três Regras*” que se incorporam no direito de propriedade, concluindo posteriormente que em causa estava a aplicação da terceira regra, relativa ao controlo do uso da propriedade do peticionário<sup>495</sup>. Efetivamente verifica-se que o peticionário fruía da possibilidade de, a qualquer momento, dispor do imóvel, não se encontrando, por isso, privado da sua propriedade. Além disso, tal como considerado pelo Tribunal, a implementação de medidas legais, que possibilitaram a permanência do arrendatário no imóvel, interferiram com o direito de propriedade do peticionário, na medida em que, através delas, o uso do imóvel foi objeto de controlo e regulamentação<sup>496</sup>.

Ao analisar pelo âmbito da interferência, o TEDH observou aos Estados possuem a faculdade de colocar em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens de acordo com o interesse geral, acrescentando que, nas sociedades modernas, o acesso à habitação é uma preocupação económica e social<sup>497</sup>. Desta forma, entende-se que as autoridades nacionais dispõem de uma ampla margem de apreciação, naquilo que respeita à determinação de uma preocupação publicamente relevante e às medidas através das quais se visam prosseguir objetivos de “*interesse público*”. Por seu turno, o Tribunal comprometeu-se a respeitar a interpretação das autoridades nacionais

---

<sup>493</sup> *Idem*.

<sup>494</sup> Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafos 26 – 27.

<sup>495</sup> *Idem*.

<sup>496</sup> *Idem*.

<sup>497</sup> Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 28.



relativamente à consideração sobre o “*interesse geral*”, exceto quando tais considerações sejam manifestamente infundadas<sup>498</sup>.

Para ajuizar pelo fundamento do “*interesse geral*” das medidas implementadas, o TEDH analisou não só a legitimidade dos objetivos prosseguidos, mas também pela proporcionalidade e adequação entre tais medidas e finalidades que estas se propunham a alcançar.

Relativamente aos objetivos que se visavam alcançar, o Tribunal concluiu que a introdução sucessiva de uma nova legislação, através da qual as ações de despejo foram suspensas durante um determinado período, de 1984 a 1988, pretendia realizar uma gestão apaziguada do largo número de contratos de arrendamento que cessaram nos anos imediatamente anteriores. As preocupações relativas ao acesso dos arrendatários a novas habitações ou a habitações subsidiadas, e as possíveis tensões sociais causadas pela cessação dos contratos de arrendamento, influíram na consideração de que as disposições normativas introduzidas pelo Estado italiano visavam a prossecução de um legítimo “*interesse geral*”<sup>499</sup>.

Na relação de proporcionalidade e de adequação entre os meios empregues e os objetivos prosseguidos, o Tribunal reiterou que o “*justo equilíbrio*” é um requisito essencial na justificação das restrições operadas ao direito de propriedade dos indivíduos. Nesta linha, o equilíbrio entre os interesses gerais e os requisitos de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos encontra-se refletido na estrutura do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, aplicando-se consequentemente à regulamentação do uso da propriedade<sup>500</sup>. A respeito do “*justo equilíbrio*”, o peticionário alegou que a interferência ao seu direito de

---

<sup>498</sup> Ao prescrever que “*The Court will respect the legislature’s judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation*”, reconhece-se que as autoridades nacionais têm maior aptidão, em relação ao TEDH, para determinarem quais as matérias atinentes ao “*interesse público*” das sociedades em questão. Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 28.

<sup>499</sup> Em síntese, o TEDH considerou que a manutenção da paz social e a concessão de um período de transição entre a cessação dos contratos de arrendamento e os novos contratos são objetivos legítimos e inscritos no “*interesse geral*”. Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 28.

<sup>500</sup> Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 32.

propriedade era manifestamente desproporcional, dado que, em função das suas necessidades especiais, o mesmo foi obrigado a incorrer em despesas relacionadas com a aquisição de uma nova habitação<sup>501</sup>. Do lado do Estado italiano, defendeu que a necessidade do peticionário em ocupar o imóvel não era tão urgente como havia sido alegado, uma posição que se pode comprovar pelo conteúdo das suas comunicações e pelo hiato temporal decorrido entre 1983 – término do contrato de arrendamento – e 1987 – comunicação da necessidade de ocupar o imóvel. Uma comunicação datada de junho de 1994, na qual o peticionário informou as autoridades italianas de que havia adquirido outro apartamento onde habitava, permitiu reforçar o entendimento do Estado italiano<sup>502</sup>.

Pelo lado do TEDH, face às alegações das partes, foi observado que o *deficit* habitacional constitui uma preocupação geral das sociedades modernas. Sobre esse entendimento, considerou ser legítima a adoção de medidas urgentes destinadas, em primeiro lugar, a mitigar o aumento exponencial das rendas e, em segundo lugar, a conceder a extensão dos contratos de arrendamento existentes<sup>503</sup>. Verificou-se ainda que, entre 1982 e 1983, a implementação de medidas legislativas urgentes, destinadas a adiar, suspender ou escalonar as ações de despejo, foram necessárias para manter a ordem pública e para evitar possíveis tensões sociais.

Para o Tribunal, a questão central passa por determinar se, perante o caso concreto, foi alcançado um *“justo equilíbrio”* entre os interesses gerais e os

---

<sup>501</sup> Refere-se na decisão do TEDH: *“He emphasised that he was a “small property-owner” who wanted to occupy his own flat in order to live there with his family and he criticised the inertia of the Italian State, which, by ignoring his two “declarations of necessity”, had obliged him to incur debts in order to buy another flat.”* Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 33.

<sup>502</sup> Numa comunicação, data de 6 de junho de 1994, o peticionário informou a Prefeitura de Roma, de que havia adquirido um novo imóvel, não necessitando do imóvel ocupado pelo arrendatário. Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 34.

<sup>503</sup> Segundo o TEDH, as circunstâncias verificadas à época justificavam a necessidade de implementar as medidas adotadas pelo Estado italiano. Sobre este contexto, refere o Tribunal: *“The situation in Italy became more complex when the industrialisation of the large northern cities sucked in people from the most disadvantaged regions and from rural areas in general”*. Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 34.

interesses do peticionário<sup>504</sup>. E, nesse sentido, o TEDH reconheceu que, embora tenha sido dado como comprovado que o peticionário não necessitava urgentemente do imóvel onde se encontrava o arrendatário, a conduta das autoridades italianas não permite aferir por um “*justo equilíbrio*”. A ausência de resposta face aos requerimentos apresentados pelo peticionário; a impossibilidade de habitar o imóvel por um período de aproximadamente 12 anos<sup>505</sup>; a necessidade de adquirir novo imóvel para habitar; e os gastos em que incorreu na interposição de uma ação judicial para recuperar o valor das rendas não pagas, levou o Tribunal a concluir que, no presente caso, o requisito do “*justo equilíbrio*” não se encontrava verificado, violando a segunda regra da propriedade, relativa à privação da propriedade, contida no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>506</sup>.

A importância do estudo do caso *Scollo v. Italy* prende-se na contraposição entre os interesses gerais e os interesses dos indivíduos. Como vimos, ainda que os Estados visem alcançar os objetivos e as finalidades que lhes são legítimas, os meios adotados para tal efeito devem coadunar-se com a proteção do direito de propriedade dos indivíduos. O “*justo equilíbrio*” somente pode justificar a restrição ao direito de propriedade nos casos em que, entre os meios implementados e os objetivos prosseguidos, exista uma relação de proporcionalidade e adequação entre os interesses de ambas as partes.

---

<sup>504</sup> Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 36.

<sup>505</sup> O peticionário apenas pôde recuperar o apartamento quando o arrendatário, por sua iniciativa, o desocupou. Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 38.

<sup>506</sup> E acrescenta: (...) *by adopting emergency measures and providing for certain exceptions to their application, the Italian legislature was reasonably entitled to consider, having regard to the need to strike a fair balance between the interests of the community and the right of landlords, and of the applicant in particular, that the means chosen were appropriate to achieve the legitimate aim. However, the restriction on Mr Scollo's use of his flat resulting from the competent authorities' failure to apply those provisions was contrary to the requirements of the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)*. Cf. *Case of Scollo v. Italy*, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 28<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 40.

## **4.2. A União Europeia**

A coexistência de vários sistemas jurídicos confere uma proteção multinível aos direitos fundamentais. Ao longo deste trabalho, apresentámos vários dos sistemas de proteção dos direitos humanos. Principiando pela Organização das Nações Unidas, de âmbito universal; analisámos os sistemas regionais, examinado em detalhe o sistema de proteção de direitos humanos instituído pelo Conselho da Europa, objeto do presente estudo.

Contudo, não podemos olvidar nem deixar de fazer referência à coexistência de um sistema de proteção de direitos humanos e fundamentais que incide, simultaneamente, sobre uma parte numerosa dos Estados-membros do Conselho Europeu. Referimo-nos à União Europeia, cujo Tratado de Lisboa<sup>507</sup>, em vigor desde 1 de dezembro de 2009, veio a reconfigurar o modelo de integração europeia. Às Comunidades Europeias – Comunidade Europeia da Energia Atómica, Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, Comunidade Económica Europeia, mais tarde Comunidade Europeia – sucedeu a União Europeia que, de igual modo, rejeitou, no seu plano estrutural, a dualidade metodológica de decisão assente numa estrutura de pilares<sup>508</sup>. O Tratado de Lisboa, reformador em muitos dos seus aspetos, reconheceu personalidade jurídica à União Europeia; redesenhou a sua estrutura institucional, agora assente num tendencial equilíbrio de poderes; alargou e estatuiu o âmbito das suas competências; redefiniu os procedimentos de decisão, dos quais se destacam os procedimentos de codecisão; e fortaleceu o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Numa breve incursão, procuramos, de seguida, sintetizar e contextualizar as principais alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, as quais são igualmente relevantes para o sistema de proteção dos direitos fundamentais. Principiando

---

<sup>507</sup> Vide, *Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia*, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007, Jornal Oficial da União Europeia C 306, de 17 de dezembro de 2007, pp. 1 – 271. Para consultar as versões consolidadas, cf. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, Jornal Oficial da União Europeia, C 202, de 7 de junho de 2016.

<sup>508</sup> O primeiro pilar refere-se a todas as matérias objeto do método de decisão comunitária; o segundo pilar correspondia à Política Externa e de Segurança Comum; e o terceiro pilar incidia sobre a Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal. Sobre uma breve análise à “despilarização” da União Europeia, vide DUARTE, M. L., (2011), *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, pp. 24 – 35.

pelo reconhecimento da personalidade jurídica ínsito na letra do artigo 47.º do Tratado da União Europeia – doravante TUE –, o atributo de personalidade jurídica faz da União Europeia um sujeito de Direito Internacional, ainda que limitado à prossecução dos objetivos instituídos nos Tratados<sup>509</sup>. A relevância do reconhecimento desta personalidade jurídico-internacional no tema que nos ocupa prende-se com o facto de que, possuindo direitos e obrigações instituídos na sua esfera jurídica, a União Europeia é internacionalmente responsável pelas violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais resultantes da sua atuação<sup>510</sup>.

Quanto ao quadro institucional da União Europeia, decorrente do Tratado de Lisboa, figuram como suas instituições o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão Europeia, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas. O equilíbrio de poderes exige uma repartição de competências e um contrabalanço institucional, que visa promover os valores, objetivos e interesses da União Europeia, assegurando-lhe coerência e eficácia. Em grosso modo, poder-se-á afirmar que ao Parlamento Europeu e ao Conselho Europeu compete o poder legislativo; ao Conselho impende a direção política da União; à Comissão Europeia está atribuído o poder executivo; ao Tribunal Judicial da União Europeia pertence o poder judicial; ao Tribunal de Contas está adstrito o poder de fiscalização das despesas e das receitas das demais instituições europeias; e ao Banco Central Europeu cabe, por fim, a condução da política monetária da União.

Em harmonia com a norma do artigo 13.º n.º 2 do TUE, os tratados definem as atribuições de cada instituição *“de acordo com os procedimentos, condições e finalidades que estes estabelecem”*. Esta ressalva é especialmente importante no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos fundamentais, uma vez que a

---

<sup>509</sup> Sobre o princípio da especialização da União Europeia, vide DUARTE, M. L., (2011), *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, p. 36.

<sup>510</sup> Sobre a responsabilidade das organizações internacionais, vide, por todos, ACQUAVIVA, G., (2007), *Human rights violations before international tribunals: reflections on responsibility of international organizations*, Leiden Journal of International Law, United Kingdom. Segundo o autor que nos guia neste particular: *“The attribution to an entity of responsibility for illegitimate actions under international law is strictly connected with the issue of the international subjectivity of that entity. It would seem logical that no legal responsibility can rest on an entity that is not a subject according to the legal system considered. On the other hand, imputing responsibility for certain acts to an entity implies at least prima facie evidence that the entity in question is indeed a distinct subject”*. *Op. cit.* pp. 615 – 616.

remissão para as “*finalidades*” dos tratados permite englobar o respeito e a proteção dos direitos humanos, nos termos do artigo 2.º e 3.º n.º 5 do TUE. Veremos adiante, no referente aos direitos fundamentais, que o artigo 6.º do TUE contém importantes disposições normativas que permitem aferir pela conclusão precedente.

Quanto ao alargamento das competências gerais da União Europeia, o Tratado de Lisboa, em coerência com os anteriores tratados, implementou uma lógica expansiva. Este alargamento incidiu sobretudo sobre as matérias sujeitas às competências partilhadas e complementares da União.

A título de exemplo, a cooperação judiciária e policial em matéria penal – artigos 82.º a 89.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE); os problemas de segurança em matéria de saúde pública – artigo 168.º n.º 4 do TFUE; e a ajuda humanitária – artigo 214.º do TFUE –, passaram a constar do rol de matérias das competências partilhadas da União. Quanto às competências partilhadas, salientam-se as matérias alusivas à proteção civil e à cooperação administrativa, previstas nos artigos 196.º e 197.º do TFUE, respetivamente. Relativamente ao estudo que nos ocupa, tendente à apreciação do sistema de proteção dos direitos fundamentais da União Europeia, surgem, com maior relevância para o alargamento das competências da União, as áreas relativas à Política Externa e de Segurança Comum – artigo 2.º n.º 4 do TUE; e à Proteção dos direitos fundamentais – artigo 6.º do TUE<sup>511</sup>.

Quanto a este último aspeto, é a área da proteção dos direitos fundamentais que nos exige maior atenção. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a União Europeia passou a dispor de um sistema efetivo de proteção dos direitos fundamentais<sup>512</sup>. O artigo 6.º do TUE é fundamentalmente importante por duas ordens de razão: em primeiro lugar, porque confere à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o mesmo valor jurídico que os Tratados da União Europeia, TUE e TFUE; em segundo lugar, a sua importância afere-se em relação à

---

<sup>511</sup> Conforme refere a autora Maria Luísa Duarte, a União passe de uma “(...) situação de vinculação pelo “bloco de fundamentalidade”, basicamente de fonte nacional e internacional, a uma função de decisão, com os poderes inerentes de aprovação de normas internas e de conclusão de acordos internacionais”. Cf. Maria Luísa Duarte, (2011), *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, p. 48.

<sup>512</sup> Em sentido idêntico, *vide op. Cit.* p. 48.

previsão normativa concernente à adesão da União Europeia à CEDH<sup>513</sup>. Pela importância de ambas as matérias, propomo-nos a uma análise autónoma e aprofundada.

#### 4.2.1. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – doravante designada por “Carta”<sup>514</sup> –, proclamada a 7 de dezembro de 2000, resultou de um trabalho conjunto dos Governos dos Estados-membros da União Europeia, dos Parlamentos Nacionais, e das instituições comunitárias, tendo, como membros-observadores no processo, o Tribunal Europeu de Justiça e o Conselho da Europa<sup>515</sup>. A necessidade de consagrar um catálogo de direitos fundamentais no espaço comunitário exigiu um esforço contínuo durante as dezenas de sessões que presidiram à sua criação, entre dezembro de 1999 e outubro de 2000. A existência de um texto escrito, firmado em garantias efetivas dos direitos fundamentais e dotado de certeza jurídica, procurava munir a comunidade com um sistema próprio de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, sendo esta a razão da sua existência<sup>516</sup>.

Apesar da importância da sua consagração, e até ao Tratado de Lisboa entrar em vigor, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não era juridicamente vinculativa para os Estados-membros ou para as instituições comunitárias. Dir-se-ia que este catálogo de direitos serviria como uma espécie de guia orientador da atuação europeia e das suas instituições. Tal asserção encontra-se patente nas várias comunicações da Comissão Europeia referentes à Carta. Na sua visão, a incorporação da Carta nos Tratados tratar-se-ia de uma questão

---

<sup>513</sup> Com efeito, o artigo 6.º n.º 2 do Tratado da União Europeia refere que “A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados”.

<sup>514</sup> Cf. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 364, 18 de dezembro de 2000, pág. 1.

<sup>515</sup> Cf. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, (2006), *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, European Commission, Brussels, disponível para consulta em: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm), acedido a 20/09/2016.

<sup>516</sup> No mesmo sentido, vide DUARTE, M. L., (2011), *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, págs. 96 e seguintes.

temporal e não de uma questão relativa à sua importância<sup>517</sup>. Por esta razão, a Comissão entendia que, além do alto valor político e social que a Carta possuía, a mesma devia ser considerada como se de um instrumento juridicamente vinculativo se tratasse<sup>518</sup>. Na comunicação de 13 de março de 2001, a Comissão Europeia reconheceu a importância da natureza da Carta, decidindo por isso que: *“Any proposal for legislation and any draft instrument to be adopted by the Commission will therefore, as part of the normal decision-making procedures, first be scrutinised for compatibility with Charter”*<sup>519</sup>. E ainda numa outra comunicação, esta relativa ao Tratado que previa uma Constituição para a Europa, a Comissão Europeia veio a propor a adoção de uma metodologia que permitisse aferir da compatibilidade entre as suas propostas legislativas e as disposições contidas na Carta<sup>520</sup>.

Com a adoção do Tratado de Lisboa, concretizou-se aquilo que, anos antes, a Comissão Europeia previu: a Carta foi incorporada no estatuto jurídico da União Europeia, possuindo o mesmo valor jurídico que os Tratados. Desta forma, a Carta permitiu a consolidação do sistema de proteção dos direitos fundamentais tutelado pela União Europeia<sup>521</sup>. Estruturada em sete Títulos – a saber: Dignidade, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Disposições Gerais –, a Carta abrange grande parte dos direitos civis, políticos, económicos, e sociais tipicamente reconhecidos pelo direito internacional.

---

<sup>517</sup> No ponto 11 da Comunicação é referido o seguinte: *“The Commission considers that the Charter, by reason of its content, its tight drafting and its high political and symbolic value, ought properly to be incorporated in the Treaties sooner or later. For the Commission, this incorporation is not a question to be addressed in theoretical or doctrinal terms. It must be addressed in terms of legal effectiveness and common sense”*. Cf. *Communication from the Commission on the legal nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, COM(2000) 644 final, Brussels, October, 11<sup>th</sup> of 2000.

<sup>518</sup> Acrescentando ainda: *“The Commission is convinced that the value added by the draft is real and that this value added is the basis for the future success of the Charter, irrespective of its ultimate legal nature.”* Cf. *Communication from the Commission on the legal nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, COM (2000) 644 final, Brussels, October, 11<sup>th</sup> of 2000.

<sup>519</sup> Cf. *Communication from the Commission, Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, SEC (2001) 380/3, Brussels, March, 13<sup>th</sup> of 2001.

<sup>520</sup> Cf. *Communication from the Commission, Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals. Methodology for systematic and rigorous monitoring*, COM (2005) 172 final, Brussels, April, 27<sup>th</sup> of 2005.

<sup>521</sup> Não obstante das muitas críticas que lhe são dirigidas, sobretudo, relativas ao desfasamento criado pela não aplicação da carta em relação ao Reino Unido, Polónia e República Checa.



Embora a Carta não esgote o elenco de direitos e liberdades consagrados no seio da União Europeia, em consideração das normas avulsas, presentes no TUE e no TFUE, ela representa uma reconfiguração da composição comunitária. Em primeiro lugar, a consagração de um catálogo de direitos, juridicamente vinculativo para os Estados-membros e para as instituições europeias, prima pela certeza e segurança jurídicas enquanto valores essenciais das modernas sociedades democráticas. Por outro lado, o valor jurídico atribuído à Carta evidencia a superação das teses monistas que concebiam os Estados como sujeitos de Direito Internacional por excelência, não reconhecendo aos indivíduos personalidade jurídico-internacional. Com efeito, no segundo parágrafo do preâmbulo da Carta, reconhece-se que a União adstringe-se ao respeito pela dignidade humana e “(...) coloca o ser humano no cerne da sua ação”.

Quanto aos seus mecanismos de garantia, o artigo 19.º n.º 1 do TUE atribui ao Tribunal de Justiça da União Europeia – doravante designado TJUE – a tarefa de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos tratados. Esta função garantística, obriga o TJUE a aferir do respeito pelos direitos fundamentais, através do controlo dos atos e das normas comunitárias, bem como dos atos Estados-membros ao executar ou transpor, para a ordem jurídica interna, a legislação comunitária<sup>522</sup>.

Contudo, no presente domínio, são apontadas algumas críticas ao modelo dos mecanismos de garantia, face à subsistência dos “*pilares invisíveis*” e de áreas de exclusão da competência do TJUE. Reconhecemos razão às vozes críticas advogam pela quebra de sistematicidade entre as disposições dos Tratados e da Carta – que arguem pelo respeito da dignidade humana – e o artigo 276.º do TFUE e do artigo 7.º do TUE – que subsumem ao TJUE a possibilidade de exercer os seus poderes de fiscalização e controlo<sup>523</sup>. A quebra de sistematicidade é tão mais evidente quanto se confronta o disposto no artigo 2.º do TUE, referente aos valores da União Europeia, neles incluindo respeito pela dignidade humana, liberdade, e justiça, e o artigo 276.º, que dispõe, quanto às matérias de política externa e

---

<sup>522</sup> Neste sentido, *vide* Maria Luísa Duarte, (2011), Estudos sobre o Tratado de Lisboa, Almedina, Coimbra, pág. 104.

<sup>523</sup> Cf. Maria Luísa Duarte, (2011), *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, pág. 104 e seguintes.

segurança comum, que o “*Tribunal de Justiça da União Europeia não é competente para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efetuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro, nem para decidir sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna*”. Ainda sobre a quebra de sistematicidade e coerência, reconhecemos razão aos autores que apontam manifestas incongruências entre o valor jurídico atribuído à Carta e o acordo quanto à sua vinculabilidade relativamente ao Reino Unido, Polónia, e República Checa. Efetivamente, e sobretudo numa área sensível como é a proteção dos direitos humanos, a quebra da sua horizontalidade potencia discrepâncias quanto às garantias efetivas e mina a coerência estrutural da União Europeia, assente no “*respeito pela dignidade humana*”.

Em síntese, não podemos colocar de parte a importância que a consagração de um catálogo próprio de direitos fundamentais adquiriu com o Tratado de Lisboa. A tutela dos direitos fundamentais, possibilitada pelo sistema de proteção formulado no Tratado de Lisboa, traduz-se num maior benefício para o sistema europeu de proteção dos direitos humanos e fundamentais. A incidência, sobre o mesmo espaço, de vários sistemas de proteção de direitos humanos reforça a centralidade e a importância que estes encerram. Ainda que peque em alguns dos seus aspetos, afigura-se positivo afirmar que a consagração da Carta no seio da União Europeia representa uma mais-valia e uma intensidade crescente na tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.

#### **4.2.1.1. O Direito de Propriedade na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigo 17.º**

Sob o Título II da Carta, referente às Liberdades, encontra-se o artigo 17.º, que dispõe sobre o direito de propriedade da seguinte forma: “**1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e**

*condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral. 2. É protegida a propriedade intelectual” [destacado nosso].*

A sua fórmula jurídica apresenta uma proximidade conceptual do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH que não é meramente coincidente. De facto, o direito de propriedade, tal como figura na CEDH, esteve na base da formulação do artigo 17.º da Carta. O *Praesidium* da Convenção, que redigiu a Carta, explana nas suas Anotações<sup>524</sup> que “Este artigo corresponde ao artigo 1.º do Protocolo Adicional à CEDH”.

O artigo 17.º da Carta contém a previsão relativas às “*Três Regras da Propriedade*” anteriormente analisadas. A primeira regra, de carácter geral, reporta-se ao direito de todas as pessoas a usufruir pacificamente da sua propriedade; a segunda regra, relativa à privação da propriedade, garante que ninguém pode ser privado da sua propriedade; e a terceira regra, concernente à regulamentação da utilização dos bens, dispõe que a utilização dos bens pode ser regulamentada por lei. A estas “*Três Regras*” vale igualmente, no plano das restrições, as considerações já elaboradas relativamente ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

Não obstante, a fórmula jurídica adotada na Carta especifica quais as condições que, em concreto, justificam as restrições ao direito de propriedade. Em primeiro lugar, a regra geral, contida na primeira frase do n.º 1 do artigo 17.º da Carta, garante o direito de todas as pessoas usufruírem pacificamente dos bens legalmente adquiridos. A referência ao modo de aquisição acarreta a consideração, a *contrario sensu*, de que o âmbito da norma se pretende excluir os bens adquiridos ilegalmente. Quanto aos requisitos justificativos da privação da propriedade, a segunda frase do n.º 1 do artigo 17.º da Carta refere que a privação da propriedade só é justificável quando lhe subjaza razões de utilidade pública, quando se efetue nos casos e nas condições previstas por lei, e mediante o pagamento de justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil. Vimos, aquando da análise das

---

<sup>524</sup> Cf. *Anotações Relativas à Carta dos Direitos Fundamentais*, Jornal Oficial da União Europeia, C 303/17 – 14 de dezembro de 2007.

restrições do direito de propriedade, que estes requisitos prendem-se com a observância do princípio da legalidade e da proporcionalidade, exigindo ainda que a restrição opere com base num interesse geral, e que aos titulares do direito em causa, seja pago um determinado montante compensatório.

O requisito do “*justo equilíbrio*” entre as partes, advindo do princípio da proporcionalidade, transparece no conteúdo normativo sobre a exigência de uma “*justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil*”. Neste sentido, ainda que se proceda a uma maior especificação quanto à determinação e ajuizamento pelo “*justo equilíbrio*”, tal não afeta as considerações alcançadas pela construção jurisprudencial do TEDH, que se refere à compensação como um requisito implícito. Por último, admite-se que a utilização dos bens possa ser objeto de regulamentação por lei na medida do necessário ao interesse geral. Também aqui valem as mesmas condições elaboradas ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, em particular, quanto ao requisito da proporcionalidade, aferido através do alcance de um “*justo equilíbrio*” entre as partes, e os requisitos de interesse geral<sup>525</sup>.

A proximidade entre o artigo 17.º da Carta e o artigo 1.º do protocolo 1.º da CEDH manifesta-se de forma particularmente intensa à luz da disposição normativa do artigo 52.º n.º 3 da Carta que dispõe pelo seguinte: “*Na medida em que a presente **Carta contenha direitos correspondentes** aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla*” [destacado nosso].

Por diversas vezes o Tribunal de Justiça da União Europeia tem sido chamado a pronunciar-se sobre matérias que contendem com o direito de propriedade. No caso *Haeur*<sup>526</sup>, um dos primeiros e mais importantes casos, o

---

<sup>525</sup> Em igual sentido, vide EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, (2006), *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, European Commission, Brussels, pág. 164.

<sup>526</sup> Cf. *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, Case 44/79, Judgment of the Court of December 13<sup>th</sup> of 1979, (ECLI): ECLI:EU:C:1979:290.

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, – agora TJUE – veio a pronunciar-se sobre a importância do direito de propriedade em sede reenvio prejudicial. Em causa estava a transposição de um regulamento comunitário por parte do Estado alemão Rheinland-Pfalz que, visando a redução dos excedentes das vinhas e a restauração da sua qualidade a nível europeu, proibiu o peticionário de plantar vinhas no seu terreno<sup>527</sup>.

Perante a alegação do peticionário de que aquele Estado alemão havia violado o seu direito de propriedade, o tribunal administrativo alemão no qual foi interposta ação remeteu, a título de reenvio prejudicial, a questão ao TJUE, a fim de aferir pela compatibilidade do regulamento. Este primeiro contributo do TJUE para a clarificação e alcance do conteúdo das disposições relativas ao direito de propriedade foi fundamental, e permitiu aferir pela proximidade de entendimento em relação aos casos anteriormente estudados no âmbito da CEDH. Com efeito, o TJUE veio a considerar que o direito de propriedade encontra-se garantido na ordem jurídica comunitária, em conformidade com as disposições comuns às Constituições dos Estados-membros, igualmente refletidas no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>528</sup>.

A análise das disposições constitucionais dos Estados-membros, realizada pelo TJUE, permitiu concluir pela não incompatibilidade da medidas insertas no regulamento e o direito de propriedade<sup>529</sup>. Acresce, no entender do Tribunal, que a medida imposta na transposição do regulamento não acarreta uma limitação injustificada ao direito de propriedade, porquanto a medida que impede as novas plantações de vinhas impõe-se por um período fixo, durante o qual o peticionário não se encontra impedido de utilizar os seus terrenos para quaisquer outras finalidades. Este entendimento sai reforçado à luz da consideração de que o

---

<sup>527</sup> *Idem*.

<sup>528</sup> Cf. Consideração n.º17, *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, Case 44/79, Judgment of the Court of December 13<sup>th</sup> of 1979, (ECLI): ECLI:EU:C:1979:290.

<sup>529</sup> Como afirmava o Tribunal: “*In none of the countries concerned are those provisions considered to be incompatible in principle with the regard due to the right to property*”. Cf. Consideração n.º 21, *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, Case 44/79, Judgment of the Court of December 13<sup>th</sup> of 1979, (ECLI): ECLI:EU:C:1979:290.

regulamento visa prosseguir objetivos de interesse geral para as comunidades europeias<sup>530</sup>.

O Caso *Nold* é igualmente um caso histórico no que diz respeito ao direito de propriedade no contexto europeu<sup>531</sup>. O caso respeita à decisão de 21 de dezembro de 1972 da Comissão Europeia, através da qual se implementaram novas regras sobre a compra de carvão à sociedade do minério de carvão *Ruhrkohle AG*. Estas regras condicionavam e sujeitavam os contratos de compra-venda a períodos temporais mínimos de dois anos e à aquisição mínima de 6 mil toneladas de carvão por ano. A sociedade *Nold* recorreu ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, alegando que, em virtude dos seus volumes de venda se encontrarem abaixo das quantidades exigidas, a Comissão Europeia, através da sua decisão, havia violado vários dos seus direitos fundamentais, em particular a respeito do direito de propriedade.

Levada a questão ao Tribunal comunitário, este principiou por examinar as tradições constitucionais dos Estados-membros, concluindo posteriormente que, além das Constituições, os princípios do direito internacional e da CEDH concediam efetiva proteção ao direito de propriedade, razão pela qual também a Comunidade Europeia reconhecia a proteção da propriedade como uma garantia<sup>532</sup>. Contudo, o Tribunal veio a afirmar que o direito de propriedade não é um direito absoluto e, como tal, está sujeito às limitações que decorrem do interesse público, em particular dos interesses da Comunidade<sup>533</sup>. Nesse âmbito, concluiu pela não violação do direito de propriedade da sociedade *Nold*, não obstante de asseverar pela interferência em alguns dos seus direitos.

---

<sup>530</sup> Cf. Consideração n.º 30, *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*, Case 44/79, Judgment of the Court of December 13<sup>th</sup> of 1979, (ECLI): ECLI:EU:C:1979:290.

<sup>531</sup> Cf. *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities*, Case 4/73, Judgment of the Court of Justice of May 14<sup>th</sup> of 1974, (ECLI): ECLI:EU:C:1974:51.

<sup>532</sup> “As for the question of fundamental rights, the protection of property ownership constitutes without any doubt one of the guarantees recognized by Community law which, in this connexion, is based on the constitutional traditions of Member States and on acts of public international law, such as the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”. Cf. *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities*, Case 4/73, Judgment of the Court of Justice of May 14<sup>th</sup> of 1974, (ECLI): ECLI:EU:C:1974:51, pág. 12.

<sup>533</sup> Nas palavras do Tribunal, o direito de propriedade “(...) must be viewed in the light of the social function of the property and activities protected thereunder. For this reason, rights of this nature are protected by law subject always to limitations laid down in accordance with the public interest”. Cf. *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities*, Case 4/73, Judgment of the Court of Justice of May 14<sup>th</sup> of 1974, (ECLI): ECLI:EU:C:1974:51, pág. 12.

A proximidade entre o TJUE e o TEDH é patente em ambos os casos, atentas as remissões para a CEDH. Todavia, é possível encontrar, em casos mais recentes, essa mesma referência. A título de exemplo, no caso *DEB Deutsche Energiehandels v. Bundesrepublik Deutschland*<sup>534</sup>, o TJUE reconhece que “*Relativamente à Carta, o seu artigo 52.º, n.º 3, precisa que, na medida em que contém direitos correspondentes aos direitos garantidos pela CEDH, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos pela referida Convenção. Segundo a anotação a esta disposição, o sentido e o âmbito dos direitos garantidos são determinados não apenas pela letra da CEDH, mas também, designadamente, pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*”<sup>535</sup>. Esta proximidade permite-nos concluir que, à luz da Carta, o direito de propriedade configura-se em moldes semelhantes àqueles foram analisados a propósito do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, inexistindo diferenças substanciais que exijam uma análise em maior detalhe.

Embora os sistemas de proteção dos direitos fundamentais permitidos pelo Conselho da Europa e pela União Europeia estejam alinhados quanto ao conteúdo, significado, e sentido de determinados direitos, estes atuam em planos distintos. Como vimos, a CEDH consubstancia um sistema de proteção dos direitos humanos ao nível regional, porquanto a Carta materializa um sistema de proteção de direitos fundamentais próprio da União Europeia. Ainda assim, não se pode olvidar que o Tratado de Lisboa, no seu artigo 6.º do TUE, abriu caminho à fusão destes dois sistemas. Pela importância que esta questão encerra, propomo-nos a analisá-la no ponto seguinte deste trabalho.

---

<sup>534</sup> Cf. *DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH v. Bundesrepublik Deutschland*, Case C-279/09, Judgement of the Court of Justice of December 22<sup>nd</sup> of 2010, ECLI:EU:C:2010:811.

<sup>535</sup> Cf. *DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH v. Bundesrepublik Deutschland*, Case C-279/09, Judgement of the Court of Justice of December 22<sup>nd</sup> of 2010, ECLI:EU:C:2010:811, parágrafo 35.

#### 4.2.2. A adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)

A evolução histórica do sistema de proteção dos direitos humanos da União Europeia conheceu no Tratado de Lisboa um novo impulso. Sob a égide do artigo 6.º n.º 2 do TUE, “*A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*”. Decorrente do direito primário da União Europeia, a adesão à CEDH constitui uma obrigação jurídica que se impõe às instituições e aos órgãos da União Europeia.

Contudo, é de notar que a adesão se reporta somente à CEDH enquanto instrumento jurídico adotado no seio do Conselho da Europa. Do âmbito de adesão está, por isso, excluída, *prima facie*, a adesão ao Conselho da Europa. Uma outra nota é devida às competências da União Europeia, as quais não poderão ser afetadas com o ato de adesão à CEDH.

Neste último plano, há que ter em conta o disposto no Protocolo n.º 8 – relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do TUE, respeitante à adesão da União à CEDH (anexo ao Tratado de Lisboa) –, bem como à Declaração n.º 2, igualmente referente ao n.º 2 do artigo 6.º do TUE. Nos termos do Protocolo n.º 8, a adesão deve incluir cláusulas que preservem as características próprias da União e do direito da União, nomeadamente quanto “*às regras específicas da eventual participação da União Europeia nas instâncias de controlo da Convenção Europeia*” e quanto “*aos mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados Terceiros e os recursos interpostos por indivíduos sejam dirigidos concretamente contra os Estados-membros e/ou a União, conforme o caso*”.

Ainda nos termos do Protocolo referido, a adesão deve igualmente garantir que as competências da União não são afetadas, bem como não seja afetada a situação dos Estados-membros perante as disposições da CEDH, principalmente no que se refere aos protocolos, às medidas tomadas pelos Estados-membros, no âmbito do artigo 15.º da CEDH, e em relação às reservas que estes possam colocar acerca do disposto no artigo 57.º da CEDH – artigo 2.º do Protocolo n.º 8 –, mantendo-se ainda a impossibilidade de tal adesão vir a alterar o disposto no



artigo 344.º do TFUE, relativo à não submissão de diferendos de interpretação e aplicação dos Tratados a um modo de resolução diferente daquilo que o Tratado de Lisboa prevê. Em sentido idêntico dispõe a Declaração n.º 2 do artigo 6.º do TUE, ao prever que a adesão à CEDH por parte da União deve realizar-se em moldes que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União.

Não obstante da futura adesão da União Europeia à CEDH se perspetivar como um reforço dos, já existentes, sistemas de proteção dos direitos humanos – por criar um *standard* mínimo de proteção<sup>536</sup>, por permitir um controlo externo<sup>537</sup>, e encetar um sistema de *checks and balances* que potenciará a criação de um sistema de proteção subsidiária –, não se pode afirmar que estejam ultrapassados os obstáculos políticos, normativos, jurídicos e processuais<sup>538</sup>.

A adesão à CEDH levanta importantes questões, desde logo aquelas que se relacionam com a relação de competências a estabelecer entre o TJUE e o TEDH<sup>539</sup>; com a articulação de catálogos de direitos e liberdades; com a legitimidade ativa e passiva da União e também a co-demanda; com a participação concreta da União nos órgãos do Conselho da Europa no âmbito da CEDH; com a competência do TEDH nos casos em que está excluída, em particular, quanto à Política Externa e de Segurança Comum (PESC) ; e com a coordenação e orientação dos vários sistemas

---

<sup>536</sup> A ideia de *standard* mínimo tem fundamento nas seguintes considerações: em primeiro lugar, os direitos humanos figuram no conjunto dos valores fundamentais da União Europeia (artigos 2.º e 3.º do TUE); em segundo lugar, a adoção dos critérios de Copenhaga, nos termos do artigo 49.º do TUE, impõem a observância de um requisito mínimo para que um Estado-membro possa a integrar a União Europeia.

<sup>537</sup> A ideia do controlo externo e da proteção subsidiária advém do facto de, até à data, a União Europeia não ser parte de nenhum instrumento internacional de proteção dos direitos humanos, não obstante do alinhamento com a Carta das Nações Unidas e com a CEDH. Assim a adesão possibilitar não apenas um controlo externo, exercido pelo TEDH, em termos que adiante se delimitarão, mas também a possibilidade de a CEDH ser subsidiariamente aplicável, fortalecendo a proteção multinível de que temos vindo a fazer referência. *Vide* neste sentido: GROUSSOT, X., Lock, T., e PECH, L., (2011) *EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of October 14th of 2011*, Policy Paper, Foundation Robert Schuman, European Issues, n.º 218, 7 de novembro de 2011, pág.1; e MONIZ, G., (2013), *Os termos da adesão da UE à CEDH: da soberania do Bósforo ao escrutínio total, periódico do CIEDA e do CEIS20*, n.º 9 julho/dezembro, 2013, pág.129.

<sup>538</sup> A natureza jurídica da União Europeia engrossa as problemáticas subjacentes à adesão, dado que os sistemas de proteção dos direitos humanos multinível necessitam de uma base regulamentar e harmoniosa.

<sup>539</sup> Vários autores referem-se a um possível esvaziamento de competências do TJUE. *Vide* neste sentido, MESQUITA, M.J. (2011), *Reflexos breves sobre a adesão da União Europeia à CEDH à luz do Tratado de Lisboa*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. IV, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pág.674.

de proteção de direitos dos direitos humanos – o sistema nacional, comunitário e internacional.

#### **4.2.2.1. O plano da adesão da União Europeia à CEDH**

A conjugação do artigo 6.º n.º 2 do TUE, relativo à adesão da União Europeia, com o artigo 17.º do Protocolo 14.º da CEDH, que veio a alterar o seu artigo 59.º por forma a permitir a participação da União Europeia na CEDH, possibilitou o arranque das negociações com o Conselho da Europa, com vista à elaboração de um projeto de adesão.

Por decisão dos Ministros da Justiça da União Europeia, reunidos no Conselho de 4 de julho de 2010, a Comissão Europeia ficou encarregue de iniciar as negociações com o Conselho da Europa. Por seu turno, o Conselho da Europa, através do seu Comité de Ministros, conferiu um mandato *ad hoc* ao *Steering Committee for Human Rights* (CDDH), para este encetar as negociações em conjunto com a Comissão Europeia. Deste “conjunto de forças” emergiu um grupo de trabalho informal, designado CDDH-UE<sup>540</sup>, cuja principal missão consistia em elaborar o projeto de acordo da adesão.

Este projeto, resultante das oito reuniões do grupo, foi transmitido pelo CDDH ao Comité de Ministros<sup>541</sup> em outubro de 2011, sendo que o documento levantava importantes questões jurídicas e políticas que necessitavam de ser ultrapassadas. Por essa mesma razão, o Comité de Ministros do Conselho da Europa encarregou novamente o CDDH de prosseguir negociações com a União Europeia<sup>542</sup>, visando, através de um grupo *ad hoc*, designado “47 + 1”, finalizar o instrumento jurídico que contempla as modalidades de adesão. Da última reunião

---

<sup>540</sup> Este grupo foi constituído por 14 especialistas, 7 dos quais eram nacionais de Estados-membros da União, e os restantes (7) pertenciam a Estados-membros do Conselho da Europa, não-pertencentes à União Europeia. O grupo reuniu-se em 8 ocasiões, no período compreendido entre julho de 2010 e junho de 2011.

<sup>541</sup> Cf. Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH (2011)009, October 14<sup>th</sup> of 2011, Strasbourg.

<sup>542</sup> Cf. Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights* (CM/Del/Dec(2011)1126/4.1, CM(2011)149).

deste grupo, realizada em abril de 2013, ficou consagrado o projecto do acordo da adesão da União Europeia à CEDH<sup>543</sup>.

O projeto – até agora, final – engloba um conjunto de outros projetos, sob um mesmo documento, nele se incluindo: um projeto de acordo sobre a adesão, que se faz acompanhar de um relatório explicativo; um projeto de declaração, a ser feita pela União no momento da assinatura do acordo de adesão; um projeto normativo, a ser adicionado às regras do Comité de Ministros, no âmbito da supervisão da execução das decisões judiciais, e dos termos de solução amistosa, nos casos em que a União seja constituída como parte numa controvérsia; e, por fim, um modelo sobre o memorando de entendimento. O conjunto de todos estes textos dá resposta às questões relacionadas com a adesão da União Europeia, nomeadamente quanto seu plano institucional, substantivo e processual.

#### **4.2.2.2. Plano institucional da adesão da União Europeia à CEDH**

##### **4.2.2.2.1. Autonomia da União Europeia – relações entre o TJUE e o TEDH**

A União Europeia constituiu-se como um sistema autónomo, diferente dos espectros nacionais e internacionais, dotada de mecanismos específicos e competências próprias, o que lhe permite atuar, interna e externamente, com poderes de facto, em vista da prossecução dos objetivos e finalidades estabelecidos pelo Tratado de Lisboa. No modelo da União Europeia, o controlo jurisdicional pertence ao TJUE, ao qual compete, nos termos do artigo 19.º do TUE, garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados. Todavia, face à adesão da União Europeia à CEDH, coloca-se a questão de qual a relação institucional que o TJUE irá manter com o TEDH.

Em respeito dos projetos delineados até à atualidade, parece deles resultar uma relação de especialidade e complementaridade. Nestes termos, ao TJUE

---

<sup>543</sup> Cf. *Fifth negotiation meeting between the cddh ad hoc negotiation group and the european commission on the accession of the european union to the european convention on human rights*, 47+1(2013)008rev2, Final Report to the CDDH, Council of Europe, April 2013, Strasbourg.

competirá exercer as funções previstas nos termos do artigo 19.º do TUE e do artigo 267.º do TFUE, preservando-se a sua autonomia interpretativa e a sua exclusividade para, a título prejudicial, se pronunciar sobre a interpretação dos Tratados e sobre a interpretação e validade dos atos da União.

Esta autonomia é igualmente salvaguardada pelo o artigo 5.º do projeto de adesão, no qual se refere: “*Proceedings before the Court of Justice of the European Union shall be understood **as constituting neither procedures of international investigation or settlement** within the meaning of Article 35, paragraph 2.b, of the Convention, nor means of dispute settlement within the meaning of Article 55 of the Convention*” [destacado nosso].

Disto resulta que os procedimentos que existam perante o TJUE são encarados como procedimentos internos, não havendo, por isso, qualquer incompatibilidade com o artigo 35.º n.º2, alínea b) da CEDH, que impede o TEDH de reconhecer qualquer petição que já se encontre submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão<sup>544</sup>. O artigo 5.º do projeto de adesão, ao prever que o recurso ao TJUE, por imposição do artigo 344.º do TFUE<sup>545</sup>, não se torna incompatível com o artigo 55.º da CEDH, permite uma concertação entre as competências exclusivas, de modo a evitar que as partes violem tanto os Tratados comunitários como a Convenção.

Esta harmonização conduz a um resultado duplamente positivo, dado que, por um lado, somente nos processos que respeitam às relações entre os Estados-membros da União Europeia, considerados processos internos, pode o TJUE exercer as suas competências sem que contenda com as competências atribuídas ao TEDH; por outro lado, o TEDH pode apreciar os processos que lhe sejam

---

<sup>544</sup> Note-se que nos termos do artigo 34.º e 35.º n.º 1 da CEDH, o TEDH poderá sempre apreciar a questão, entenda-se, examinar a violação, à luz da Convenção, 6 meses após a decisão interna definitiva.

<sup>545</sup> O artigo impõe que os Estados-membros se comprometam a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução não previsto. Ora, já nos termos do artigo 19.º n.º1 do TUE, decorre que a submissão de tais diferendos (de interpretação e aplicação) é uma competência exclusiva do TJUE.

submetidos, aferindo da compatibilidade do direito da União em relação às disposições da Convenção<sup>546</sup>.

Questão maior sensibilidade tem a ver com o reenvio prejudicial. Repare-se que, no direito comunitário, as medidas instituídas pela União Europeia conformam-se na ordem jurídica por uma de duas formas: através da atuação direta das instituições e órgãos da União, como sucede relativamente ao direito primário da união e aos regulamentos; ou através da transposição desses atos para a ordem jurídica através da atuação dos Estados-membros, no caso das diretivas. Assim, aquando da transposição de uma diretiva para a ordem jurídica interna, pode dar-se o caso da conduta de um Estado-membro contribuir para a violação de um direito tutelado pelo sistema de proteção da CEDH. Se, perante esta situação, fosse interposta uma ação judicial perante os tribunais nacionais, e estes se pronunciassem pela inexistência de qualquer violação dos direitos previstos na sua Constituição e na CEDH, o peticionário poderia recorrer diretamente perante o TEDH, subtraindo a possibilidade do TJUE se pronunciar sobre a interpretação ou validade do ato jurídico comunitário em questão<sup>547</sup>.

Por forma a acautelar situações idênticas à descrita, estabeleceu-se, nos termos do artigo 3º n.º 6 do projeto de adesão, uma norma que permite que seja concedida oportunidade ao TJUE de se pronunciar sobre a questão, contando que o faça de forma célere, por forma não condicionar os processos do Tribunal de Estrasburgo<sup>548</sup>. Como adiante veremos, esta previsão recaí igualmente no âmbito

---

<sup>546</sup> Acrescenta-se, quanto a este aspeto, que o TEDH dispõe de “poderes estáticos”. Esta noção de “poderes estáticos” refere-se à competência deste tribunal para aferir somente a compatibilidade do direito comunitário em relação à CEDH, excluindo, por isso, a pronúncia acerca da validade, conteúdo, interpretação, ou aplicação do direito da União.

<sup>547</sup> Diferente será o caso em que o tribunal nacional tenha submetido a questão, a título prejudicial perante o TJUE, no sentido deste se pronunciar sobre a interpretação e a validade do ato jurídico. Se tal suceder, ainda que o autor possa recorrer perante o TEDH, nos termos do artigo 35º n.º 1 da CEDH, será concedida oportunidade ao TJUE para se pronunciar.

<sup>548</sup> Esta questão já se encontrava presente no Documento de Reflexão do TJUE, de 5 de Maio de 2010, onde, nos termos do considerado, o tribunal renunciava-se sobre o reenvio prejudicial, conforme o artigo 267.º do TFUE, como tendo “(...) resultados bastante satisfatórios dada a sua natureza descentralizada, no entanto não é adquirido que, em todos os casos a conformidade de uma acção da União com os direitos fundamentais possa ser posta em causa, seja submetido um reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça, isto porque se é verdade que os órgãos jurisdicional podem (...) submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial (...) também é verdade que as partes não podem desencadear este processo”. Cf. *Documento de reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre determinados aspetos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, Luxemburgo, 5 de maio de 2010,

do mecanismo da co-demanda, prevendo-se que, sempre que seja instaurada uma queixa perante o TEDH, que vise diretamente o Estados-membros e co-demande a União Europeia, o TJUE tenha a oportunidade de se pronunciar sobre o ato jurídico em causa, exceto quando o tenha feito anteriormente em sede de reenvio prejudicial.

Do quadro permitido pelo projeto de adesão, temos que a relação entre os dois órgãos jurisdicionais não colocará em causa a autonomia interpretativa do TJUE. Este continuará a ser o tribunal competente para a interpretação e apreciação dos atos da União Europeia. Sucede, no entanto, aquando a adesão da União Europeia à CEDH, que o TEDH deverá adquirir competência para apreciar a compatibilidade dos atos das instituições comunitárias com as disposições da Convenção. Não se prevê, por isso, que advenha uma relação de hierarquia funcional entre o TJUE e o TEDH do projeto de adesão da União Europeia à CEDH, embora se torne claro que este último Tribunal terá, na maioria dos casos, a “palavra final”.

#### *4.2.2.2.2. Intercomunicação jurisdicional*

No âmbito institucional, cabe ainda referência à mútua influência exercida pelos Senhores Juízes do TEDH e do TJUE. A experiência de funções de vários juízes, em ambos os Tribunais, é relevante no plano da influência indireta e mútua, tornando-se indispensável considerar que, por esta via, se permite uma aproximação intelectual, conceptual, e institucional dos órgãos jurisdicionais de ambos os sistemas de proteção dos direitos fundamentais. A difusão de valores, de conhecimento, e o trabalho desenvolvido no âmbito do direito comunitário e no Conselho da Europa consubstanciam mecanismos de entendimento e de alinhamento que doutra forma tornar-se-iam árduos de implementar. Este contributo, ainda que indireto, permite uma coerência e sistematicidade entre ambos os sistemas de proteção de direitos fundamentais.

Esta “intercomunicação jurisdicional” não se resume a uma hipótese teórica. Efetivamente, vários magistrados do TJUE exerceram já funções no TEDH e vice-versa. São os casos dos Juízes Egils Levits<sup>549</sup>; Alexander Arabadjiev<sup>550</sup>; Daniel Šváby<sup>551</sup>, no Tribunal de Justiça; e Egidijus Bieliūnas<sup>552</sup>, no Tribunal Geral. Outros há que, não tendo passado pelo Tribunal de Estrasburgo, acompanham de perto os termos da adesão da União Europeia à CEDH, como é exemplo o Juiz Jean-Claude Bonichot, que conta com uma série de publicações no domínio do “Direito Europeu dos Direitos Humanos”. No TEDH, é igualmente possível observar pela existência de uma série de Juízes que, de forma direta ou indireta, exerceram catividades no âmbito comunitário, a saber: Dean Spielmann<sup>553</sup>, Ledi Bianku<sup>554</sup>, Linos-Alexandre Sicilianos<sup>555</sup>, Paul Mahoney<sup>556</sup>, Iulia Antoanella<sup>557</sup> e Jon Fririk Kjølbrot<sup>558</sup>.

Como se verifica, os dois sistemas jurídicos de proteção de direitos humanos não são ordens estanques e desfasadas entre si. Como assinala o Juiz Conselheiro Irineu Cabral Barreto “ (...) de Luxemburgo a Estrasburgo, o passo é pequeno (...)”, sendo por isso “ (...) inevitável que os juízes não se influenciem mutuamente (...) mantendo-se um diálogo informal e assistindo-se a uma “importação” de experiências que em tudo contribuem para o trabalho que decorre nos Tribunais de Estrasburgo e de Luxemburgo” <sup>559</sup>. Todavia, até ao momento da

---

<sup>549</sup> O Juiz Egils Levits foi eleito para o TEDH em 1995 e reeleito em 1998 e 2001.

<sup>550</sup> O Juiz Alexander Arabadjiev foi membro da Comissão Europeia dos Direitos do Homem entre 1997 e 1999.

<sup>551</sup> O Juiz Daniel Šváby é ainda membro da Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

<sup>552</sup> O Juiz Egidijus Bieliūnas foi membro da Comissão Europeia dos Direitos do Homem entre 1996 e 1999.

<sup>553</sup> O Juiz Dean Spielmann foi membro da Rede Europeia de Peritos Independente em Direitos Fundamentais, entre os anos de 2002 e 2004.

<sup>554</sup> O Juiz Ledi Bianku lecionou a disciplina de Direito da União Europeia na Universidade de Tirana, na Albânia, entre os anos de 1995 e 2007.

<sup>555</sup> O Juiz Linos-Alexandre Sicilianos foi membro da Rede Europeia de Peritos independentes em Direitos Fundamentais, entre 2002 e 2006, e membro do Conselho de Administração da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, entre 2009 e 2011.

<sup>556</sup> O Juiz Paul Mahoney foi Juiz e Presidente do Tribunal da Função Pública da União Europeia, durante os anos de 2005 e 2011.

<sup>557</sup> A Juíza Iulia Antoanella foi membro da Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia, durante os anos de 2010 e 2012.

<sup>558</sup> O Juiz Jon Fririk Kjølbrot foi co-editor da revista jurídica Direito da União Europeia e Direitos Humanos, durante os anos de 2000 e 2010.

<sup>559</sup> Juiz Conselheiro Irineu Cabral Barreto, aquando da sua participação na aula de Direito Internacional da Pessoa Humana, lecionada pelo Prof. Doutor Rui Guerra da Fonseca, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 5 de abril de 2014.

adesão, somente pela via informal se logra alcançar este alinhamento entre o TJUE e o TEDH.

#### **4.2.2.3. Plano substantivo da adesão da União Europeia à CEDH**

No âmbito do plano substantivo da adesão da União Europeia à CEDH, como veremos de seguida, será analisada a articulação entre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a CEDH e a adesão aos protocolos adicionais. Com esta análise objetivamos compreender de que modo poderão os dois catálogos de direitos conviver lado a lado e sobre um mesmo espaço de incidência.

##### **4.2.2.3.1. A articulação entre os catálogos de direitos**

A futura adesão da União Europeia à CEDH implicará a simultânea vigência, sobre um mesmo espaço, da Carta e da CEDH. É certo que esta questão coloca-se com maior acuidade para os Estados-membros da União Europeia que, simultaneamente, sejam membros do Conselho da Europa. Contudo, a vigência simultânea de ambos os catálogos de direitos, permitida pela atual configuração do acordo de adesão, possibilita-lhes uma convivência pacífica. Como vimos, é por demais evidente que a Carta incide somente sobre os Estados-membros da União Europeia<sup>560</sup>, mantendo o TJUE a competência para aferir do seu controlo e interpretação. Por outro lado, ao TEDH, está vedada a possibilidade de se pronunciar sobre as disposições da Carta que não encontrem correspondência com a CEDH<sup>561</sup>. Subjacente a esta asserção está a ideia de que a CDFUE vai além do sentido da CEDH, alargando o espectro de direitos que a mesma inclui, pois “(...) *não contempla apenas direitos civis e políticos, mas também direitos de diferente natureza, porque contempla direitos específicos dos cidadãos europeus e, ainda,*

---

<sup>560</sup> Como referido anteriormente, a Carta não se aplica ao Reino Unido, à Polónia e à República Checa.

<sup>561</sup> Neste mesmo sentido: Mesquita, M.J. (2011), Reflexos breves sobre a adesão da União Europeia à CEDH à luz do Tratado de Lisboa. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1ª edição, 2011, p.676.



*porque considera a CEDH um standard mínimo e a Carta tem precedência quando confira uma proteção superior*<sup>562</sup>.

Desta forma, é possível concluir que, no que respeita às disposições da Carta com as quais não haja correspondência na CEDH, somente os tribunais nacionais, em primeiro recurso, e os tribunais da União, em segundo, dispõem de competência para analisar os casos nos quais se alegue a violação de uma dessas disposições por parte do Estado-membro, uma vez que, conforme analisado anteriormente em relação à autonomia do TJUE e da União, apesar de a adesão representar uma salutar conjugação de forças dos sistemas de proteção, ambas continuam a fruir de espaços próprios e exclusivos de atuação jurisdicional.

Não obstante, várias são as críticas que a este respeito se levantam, desde logo aquelas que relativas à asserção anterior, referem que a “(...) adesão parece assim desprovida de utilidade quanto à proteção de direitos específicos previstos na Carta e não previstos na CEDH”<sup>563</sup>. Se, por um lado, se pode constatar que a preservação da autonomia geral do TJUE não acrescenta valor à futura adesão, por outro verifica-se que a incidência distinta da Carta e da CEDH – a primeira centrada no cidadão europeu e na sua proteção, face às instituições europeias; a segunda, na proteção do indivíduo face à atuação dos Estados – favorecem o alargamento da proteção e da tutela dos direitos fundamentais<sup>564</sup>. Nestes moldes, a adesão representa uma mais-valia não só pelo alargamento da proteção dos direitos dos indivíduos no seio da “grande Europa”, mas também na coordenação entre os tribunais de Luxemburgo e Estrasburgo. Em *ultima ratio*, tenha-se presente que, não obstante dos pontuais constrangimentos advindos da adesão, o reforço efetivo dos direitos dos indivíduos justifica a utilidade da adesão da União Europeia à CEDH.

---

<sup>562</sup> *Idem.*

<sup>563</sup> *Idem.*

<sup>564</sup> Neste sentido, vide PRINO, C. A. (2011) Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da UE à CEDH, in *Debater a Europa*, Periódico do CIEDA e do CIEJD, n.º 4, janeiro/junho, Aveiro, 2011, p.66; MONIZ, G. (2013). *Os termos da adesão da UE à CEDH: da soberania do Bósforo ao escrutínio total*, Periódico do CIEDA e do CEIS20, n.º 9 julho/dezembro, 2013, pp.138 e seguintes.

#### 4.2.2.3.2. A adesão aos Protocolos Adicionais da CEDH

Da leitura conjunta do artigo 6.º, n.º 2 do TUE, do Protocolo n.º 8 do Tratado de Lisboa, e da Declaração Adicional n.º 2, verifica-se que, do processo de adesão à CEDH, não pode resultar a alteração das competências da União Europeia. Contudo, a adesão da União Europeia à CEDH traz à colocação a questão de saber se a vinculação da União aos protocolos adicionais importa a vinculação automática dos seus Estados-membros a esses mesmos protocolos. A questão é particularmente sensível quanto aos Estados-membros comuns à União e ao Conselho da Europa, que decidiram pela não vinculação a determinados protocolos<sup>565</sup>.

Por forma a amenizar tais situações, o artigo 1.º, n.º 1 do projeto de adesão, prevê que a adesão engloba somente a CEDH e os seus Protocolos n.º 1 e n.º 6, os quais foram ratificados por todos os seus Estados-membros da União Europeia. Por via do n.º 2 do artigo 1.º daquele projeto, o artigo 59.º, n.º 2 da CEDH é alterado por forma a permitir a futura adesão da União aos restantes protocolos.

Esta questão vem a colocar uma dificuldade acrescida, antevendo a necessidade de a União ratificar todos os protocolos, atuando em unidade e coerência, recolhendo a concordância de todos os Estados-membros, ou proceder somente à ratificação dos protocolos que estão alinhados com a CDFUE. Nos termos do projeto de acordo, em especial do seu artigo 1.º, n.º 1, o peso das soberanias fez-se sentir, vedando à União Europeia a possibilidade de ratificar os restantes protocolos da CEDH. Esta opção, embora coerente com a vontade dos Estados-membros, apresenta-se desalinhada com os sistemas de proteção dos direitos fundamentais, permitindo oscilações que variam de Estado-membro para Estado-membro.

---

<sup>565</sup> Neste sentido, vide MONIZ, G. (2013). *Os termos da adesão da UE à CEDH: da soberania do Bósforo ao escrutínio total*, Periódico do CIEDA e do CEIS20, n.º 9 julho/dezembro, 2013, p.136.

#### 4.2.2.3.3. O TEDH e a Política Externa e Segurança Comum da União Europeia

Nos termos do artigo 275.º do TFUE, o TJUE não dispõe de competência nas questões relativas à política externa e de segurança comum (PESC), nem no que diz respeito aos atos que incidiam neste domínio. Contudo, esta disposição não afeta as restantes disposições sobre as quais incida a competência do TJUE – artigo 40.º do TUE –, nem afeta a sua competência na fiscalização da legalidade das decisões que imponham medidas restritivas contra pessoas singulares ou coletivas, quando adotadas pelo Conselho – artigo 263.º n.º 4 do TFUE.

Face à sonegação das competências do TJUE nas matérias relativas à política externa e segurança comum, importa determinar que espaço se reserva para o TEDH, aquando da adesão da União Europeia à CEDH<sup>566</sup>.

Se atualmente a questão deixada em aberto pelo Tratado de Lisboa tende a ser pacífica, tal deve-se ao esforço exercido no seio do grupo *ad hoc* “47+1”, que elaborou o projeto de adesão da União à CEDH e que se reuniu em várias sessões, procurando um acordo quanto a esta matéria. A questão da competência do TEDH para verificar a compatibilidade das medidas da União Europeia no âmbito PESC com a CEDH, foi amplamente debatida no seio daquele grupo informal encarregue da elaboração do projeto de adesão.

No contexto destas discussões, por diversas vezes, a França manifestou as suas preocupações acerca da possibilidade do TEDH vir a usufruir de uma competência jurisdicional que o próprio Tratado de Lisboa veda ao TJUE. A posição da França, ainda que legítima, foi controversa, pois restantes os Estados-membros da CEDH, não-membros da União Europeia, encaravam a exclusão jurisdicional de uma tipologia de atos, neste caso, sobre os atos relativos à PESC, como uma violação do princípio da igualdade entre as Partes da CEDH.

No entanto, a atual disposição do artigo 1.º, n.º 4 do projeto de adesão veio a apaziguar a discussão, determinando que, os atos, medidas, ou omissões dos órgãos

---

<sup>566</sup> Neste sentido, a Professora Doutora Maria José Rangel Mesquita refere que o sistema da CEDH não deve ser utilizado nas questões em que os Tratados da União Europeia quiseram excluir a competência do TJUE. *Vide* Mesquita, M.J. (2011). Reflexos breves sobre a adesão da União Europeia à CEDH à luz do Tratado de Lisboa. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2011, p. 679.

dos Estados-membros da União, ou das pessoas que agem em seu nome, devem ser atribuídos a esse mesmo Estado, ainda quando tal ato, medida, ou omissão resulte da implementação direta do direito comunitário, incluindo aqui as decisões previstas nos Tratados da União. Esta disposição não impede, no entanto, a União Europeia de ser co-demandada por estes atos, medidas, ou omissões. Segundo o considerando n.º 23 do relatório explicativo do projeto de adesão, “(...) *nos termos do direito da União, os atos, medidas e omissões dos seus órgãos, instituições ou agência, ou das pessoas que ajam em seu nome, serão atribuídos à União.*” O mesmo aplica-se quanto “(...) *aos atos, medidas ou omissões, independentemente do contexto em que ocorram, inclusive no que diz respeito a questões relacionadas com a política externa e de segurança*”. Desta forma parecem dissipar-se as dúvidas e podendo concluir-se que as matérias relativas à PESC estão insertas na competência jurisdicional do TEDH.

Todavia, admitimos que esta questão possa não ser inteiramente pacífica. Tradicionalmente a competência do TJUE no âmbito das matérias relativas à PESC – enquanto terceiro pilar, agora denominado “*pilar invisível*”<sup>567</sup> – sempre foi limitada<sup>568</sup>, razão pela qual ainda existem vozes discordantes nesta matéria<sup>569</sup>. Mesmo no seio do grupo *ad hoc*, Estados como a França debateram-se ferozmente sobre o sentido do artigo 1.º, n.º 4 do projeto de adesão, almejando que, no mínimo, pudesse ser concedida oportunidade ao TJUE de se pronunciar sobre estas matérias. Contudo, a seguir a tese francesa, não se desvenda outro resultado que não a declaração de incompetência por parte do TJUE sempre que fosse chamado a pronunciar-se sobre tais matérias.

A posição francesa sustentou, igualmente, que a possibilidade do TEDH se pronunciar sobre as matérias relativas à PESC colidiria com o artigo 13.º da CEDH – no qual se prevê o direito a um recurso efetivo perante uma instância nacional –, compelindo a União Europeia a fornecer uma solução, que, em todo o caso, não

---

<sup>567</sup> Neste sentido, *vide* Duarte, M.L. (2011), *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 26 e seguintes.

<sup>568</sup> Em respeito ao previsto no artigo 275.º do TFUE.

<sup>569</sup> Sobre o debate em torno de tal admissibilidade, Johansen, S.O (2014), *Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR Accession agreement*, Universidade de Oslo, Maio, 2014, disponível no blog da Universidade de Oslo: <http://www.jus.uio.no/pluricourts/english/blog/stian-oby-johansen/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-1-of-2.html>

pode fornecer. Também aqui há que ter presente que a competência do TJUE não é tão diminuta como aparenta ser. O caso *Kadi*<sup>570</sup> é exemplo de que o TJUE dispõe de competência para analisar os casos nos quais ocorram violações aos direitos humanos. Como é entendimento da Comissão Europeia, a referência às “*medidas restritivas*” é uma referência lata que não pode perder de vista o fundamento da União Europeia, baseado no respeito dos direitos humanos.

Porquanto se mantenha a letra do artigo 1.º, n.º 4 do projeto de adesão, o TJUE encontra-se perante uma de duas posições: ou amplia a sua jurisdição, seguindo os argumentos conjuntos da Comissão e da Alemanha<sup>571</sup>, ou aceita as limitações às suas competências jurisdicionais<sup>572</sup>.

Numa posição de meio-termo, o autor *Johansen*<sup>573</sup> propõe, quanto às matérias relativas à PESC, uma solução assente no mecanismo de co-demanda dos Estados-membros e da União, pressupondo-se pela suficiência das jurisdições nacionais e comunitárias em conceder efetiva proteção aos direitos fundamentais. Não obstante, o autor reconhece que o monopólio interpretativo do TJUE e a autonomia da União Europeia poderão sair enfraquecidos nos termos do artigo 344.º do TFUE, propondo, neste sentido, uma futura revisão dos Tratados<sup>574</sup>.

Quanto a nós, somos de parecer idêntico à Comissão Europeia, que aceita o sentido amplo a conceder às “*medidas restritivas*”, em função daquilo que se dispõe nos termos do artigo 13.º da CEDH. Nesta linha, consideramos que o disposto no artigo 344.º do TFUE é integralmente respeitado, porquanto se verifica que, por um lado, o recurso perante o TEDH apenas é possível por via dos peticionários, após esgotadas as vias de recurso internas; e, por outro lado, os tribunais internos poderão optar por recorrer ao mecanismo do reenvio prejudicial, permitindo que o

---

<sup>570</sup> Cf. *Case of Kadi v Commission*, Case T-85/09, Judgement of the Court of Justice of July, 18<sup>th</sup> of 2013, ECLI:EU:C:2013:518.

<sup>571</sup> Na visão germânica, a competência do TJUE quanto às matérias em questão compagina-se com o artigo 37.º do TUE, que permite a celebração de acordos entre a União e Organizações Internacionais em relação as matérias do capítulo II do TUE onde se insere a PESC; e o artigo 218.º do TFUE, relativo ao procedimento de vinculação da União.

<sup>572</sup> Sem prejuízo de uma futura revisão dos tratados vir a incluir as matérias da PESC na competência judiciais do TJUE.

<sup>573</sup> Cf. Johansen, S.O (2014), *Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR ccession agreement*, Universidade de Oslo, Maio, 2014, disponível no blog da Universidade de Oslo. Disponível para consulta em: <https://obykanalen.wordpress.com/2014/05/07/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echr-accession-agreement-part-2-of-2/>

<sup>574</sup> Cf. *op. cit.* pág. 5.

TJUE se pronuncie sobre a matéria em causa. Aditamos às nossas considerações que, sendo a adoção de atos relativos às matérias da PESC uma competência do Conselho<sup>575</sup>, a ideia da intergovernamentalidade mantém-se presente, apontando num sentido de comunitarização da decisão. Neste sentido, é razoável pressupor que a União possa ser responsabilizada pelos seus atos e que, nessa medida, estes sejam sindicáveis.

#### **4.2.2.4. Plano processual da adesão da União Europeia à CEDH**

No plano processual da adesão da União Europeia à CEDH pretendemos observar em que medida se relacionam os sistemas de proteção dos direitos fundamentais, analisando igualmente a estrutura processual do mecanismo da co-demanda, que vem a permitir que os Estados-membros e a União Europeia venham a estar presentes em juízo perante o TEDH.

##### **4.2.2.4.1. A Presunção *Bosphorus***

A Presunção *Bosphorus* refere-se à equiparação entre os sistemas de proteção dos direitos fundamentais, tomando por referência a CEDH.

Esta presunção emergiu primeiramente no caso *Bosphorus*<sup>576</sup>, no qual o TEDH asseverou que a CEDH deveria ser interpretada em conformidade com as obrigações internacionais dos Estados, por forma não impedir o fortalecimento da cooperação internacional<sup>577</sup>, nem a participação dos Estados em outras organizações internacionais. Esta presunção, ou teoria da “*proteção equivalente*”<sup>578</sup>, parte da ideia de que, no seio da União Europeia, vigora um sistema de proteção dos direitos fundamentais equiparável ao sistema instituído pela CEDH. Assim, quando

---

<sup>575</sup> Quanto às medidas restritivas em particular, atenda-se ao disposto no artigo 215.º do TFUE.

<sup>576</sup> Cf. *Case Bosphorus v. Ireland*, Application no. 45036/98, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 30<sup>th</sup> of 2005, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69564>, acedido a 22/09/2016.

<sup>577</sup> Cf. *Case Bosphorus v. Ireland*, Application no. 45036/98, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 30<sup>th</sup> of 2005, parágrafo. 108.

<sup>578</sup> Neste sentido, vide Barreto, I.C. (2015), *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5.ª Edição, revista e atualizada, Leya, Lisboa, p. 85.

um Estado executa as obrigações jurídicas decorrentes da sua qualidade de membro da União Europeia, e existam garantias efetivas de que a União Europeia possui um sistema de proteção equivalente ao sistema instituído pela CEDH, o TEDH abster-se-á de julgar, servindo-se da presunção de que estão verificadas as exigências da CEDH<sup>579</sup>. Não obstante, esta presunção poderá ser ilidida sempre que se verifique a inexistência de garantias equiparáveis às garantias concedidas pelas CEDH<sup>580</sup>. Efetivamente, nos casos *M.S.S v. Belgium and Greece*<sup>581</sup> e *Michaud v. France*<sup>582</sup>, o Tribunal de Estrasburgo afastou a presunção.

No caso *Michaud v. France*, colocava-se em causa a transposição da Diretiva 2005/60/CE, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. À luz das disposições desta Diretiva, os membros de profissões jurídicas independentes, entre outros, estariam obrigados a informar prontamente a Unidade de Informação Financeira (UFI), *“por iniciativa própria, sempre que tenham conhecimento, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que foi ou está a ser efetuada uma operação ou uma tentativa de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo”*<sup>583</sup>.

Contudo, nos termos do artigo 23.º, n.º 2 da presente Diretiva, *“Os Estados-Membros não são obrigados a impor as obrigações previstas (...) no que diz respeito às informações por eles [membros de profissões jurídicas independentes] recebidas de um dos seus clientes ou obtidas sobre um dos seus clientes, quando estes estiverem a determinar a situação jurídica do mesmo, ou a exercer a sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial (...)”*.

---

<sup>579</sup> Cf. *Case Bosphorus v. Ireland*, Application no. 45036/98, Council of Europe: European Court of Human Rights, June 30<sup>th</sup> of 2005, parágrafos 115 – 116.

<sup>580</sup> *Idem*.

<sup>581</sup> Cf. *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application no. 30696/09, Council of Europe: Court Judgment, January 21<sup>st</sup> of 2011.

<sup>582</sup> Cf. *Case of Michaud v. France*, Application no. 12323/11, Council of Europe: Court Judgment, December 6<sup>th</sup> of 2012.

<sup>583</sup> Cf. Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, Jornal Oficial da União Europeia L 309/15, 25 de novembro 2005, artigo 22.º.

Sucedem que, no caso em análise, o Estado francês, ao transpor a Diretiva, criou obrigações que iam além do imposto, sancionando disciplinarmente os advogados que não cumprissem os seus “*deveres de declaração*”. Esta obrigação foi posteriormente incorporada no regulamento interno do “*Conseil National des Barreaux*”. O peticionário, advogado francês, alegando que as novas obrigações decorrentes do regulamento interno eram manifestamente incompatíveis com a liberdade dos advogados exercerem a sua profissão, recorreu perante o *Conseil d’Etat*, requerendo que este se pronunciasse sobre a compatibilidade do regulamento e do disposto no artigo 6.º do TFUE e no artigo 8.º da CEDH<sup>584</sup>. Tendo o *Conseil d’Etat* rejeitado pronunciar-se, o peticionário recorreu perante o TEDH, alegando a violação dos direitos ínsitos nos artigos 6.º, 7.º, e 8.º da CEDH.

Porém a importância da presente análise incide, não no exame relativo aos direitos e às restrições em causa, mas na importante distinção que o TEDH traçou relativamente à alegação do Estado francês, que invocava que ao presente caso aplicar-se-ia a presunção da “*proteção equivalente*”, tal como decidido no caso *Bosphorus*, devendo o Tribunal de Estrasburgo, por isso, abster-se de analisar o caso<sup>585</sup>. As alegações do Estado francês foram no entanto rejeitadas, e como tal, foi afastada a presunção da “*proteção equivalente*”. Em conformidade com o referido pelo TEDH, no caso *Bosphorus*, estava em causa a aplicação de um regulamento que, em função da sua natureza, não fornece margem de apreciação aos Estados-membros, enquanto, no presente caso, a transposição de uma diretiva possibilitava, aos Estados-membros, uma determinada margem de apreciação<sup>586</sup>. Tal diferença merece por isso uma consideração sobre a atuação do Estado-membro em questão, inviabilizando que a presunção tenha se aplique automaticamente.

Por outro lado, no caso *Bosphorus*, havia sido possibilitada a intervenção do TJUE, o que não se verificava no caso *Michaud v. France*, dado que o *Conseil d’Etat*

---

<sup>584</sup> Cf. *Case of Michaud v. France*, Application no. 12323/11, Council of Europe: Court Judgment, December 6<sup>th</sup> of 2012, parágrafos 8 – 17.

<sup>585</sup> Cf. *Case of Michaud v. France*, Application no. 12323/11, Council of Europe: Court Judgment, December 6<sup>th</sup> of 2012 parágrafo 73.

<sup>586</sup> Cf. *Case of Michaud v. France*, Application no. 12323/11, Council of Europe: Court Judgment, December 6<sup>th</sup> of 2012, parágrafo 113 – 114.



não procedeu ao reenvio prejudicial da questão para o TJUE<sup>587</sup>. Por essa mesma razão, o TEDH considerou que, ao não submeter a questão perante o TJUE, “(...) *the Conseil d’Etat ruled without the full potential of the relevant international machinery for supervising fundamental rights – in principle equivalent to that of the Convention – having been deployed. In the light of that choice and the importance of what was at stake, the presumption of equivalent protection does not apply*” [destacado nosso]<sup>588</sup>. Não obstante do presente caso não fixar um critério geral, podemos concluir, com relativo grau de segurança, que a presunção da “*proteção equiparável*” tende a ser afastada nos casos em que assiste uma determinada margem de apreciação aos Estados-membros, na transposição dos atos jurídicos da União Europeia, bem como nos casos em que o mecanismo do reenvio prejudicial não tenha sido ativado.

No atual projeto de adesão, verifica-se a ausência de qualquer referência à presunção da “*proteção equivalente*”, pelo que, perante o caso concreto, a faculdade de aplica-la ou excluí-la continuará a pertencer ao TEDH.

Por nossa parte, tecemos algumas reservas quanto a esta faculdade, que parece dotar-se de uma substancial discricionariedade, sobretudo porque se crê subvertida a lógica do projeto de acordo, que, no seu Considerando n.º7, refere: “*The current control mechanism of the Convention should, as far as possible, be preserved and applied to the EU in the same way as to other High Contracting Parties, by making only those adaptations that are strictly necessary*”<sup>589</sup>.

#### 4.2.2.4.2. O mecanismo da co-demanda

O Protocolo n.º 8 do Tratado de Lisboa impõe no seu artigo 1.º, alínea b), que o acordo relativo à adesão da União Europeia à CEDH deve incluir uma cláusula que incida sobre os “*mecanismos necessários para assegurar que os recursos interpostos por Estados terceiros e os recursos interpostos por indivíduos*

---

<sup>587</sup> *Idem*.

<sup>588</sup> Cf. *Case of Michaud v. France*, Application no. 12323/11, Council of Europe: Court Judgment, December 6<sup>th</sup> of 2012, parágrafo 115.

<sup>589</sup> Cf. Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc ..., 47+1 (2013) 008rev2, *Final Report to the CDDH*, Council of Europe, April 2013, Strasbourg, Considerando n.º 7, Apêndice n.º 5.

*sejam dirigidos corretamente contra os Estados-membros e/ou a União, conforme o caso*". Esta norma visa, em *ultima ratio*, obviar a que o TEDH se pronuncie acerca da determinação e delimitação das competências da União e dos seus Estados-membros, no que respeita ao direito comunitário<sup>590</sup>. Neste âmbito, foi instituído, pelo artigo 3.º do projeto de adesão, o mecanismo de co-demanda – *co-respondent mechanism*.

Quanto às suas características essenciais do mecanismo de co-demanda podemos enunciar pelas seguintes: *i)* é um mecanismo voluntário, como refere o artigo 3.º, n.º 5 do projeto de adesão, permitindo que a União Europeia se torne co-demandada quando aceita o convite do TEDH para se constituir como Parte ou quando pode decisão deste Tribunal e perante a apresentação de um pedido da União neste sentido, permite que esta figure como parte num processo; *ii)* é um mecanismos que incide somente sobre os processos relativos à União e aos seus Estados-membros<sup>591</sup>; *iii)* não afasta a possibilidade da intervenção processual de terceiros; *iv)* e aplica-se somente à União Europeia e aos Estados-membros, ainda que sob diferentes pressupostos processuais.

O mecanismo da co-demanda permite a intervenção da União Europeia nos processos que sejam interpostos contra os Estados-membros. Assim, aquando da implementação ou transposição dos atos jurídicos da União Europeia, por parte dos seus Estados-membros, ocorra uma possível violação dos direitos insertos na CEDH, os lesados podem, após esgotadas as vias de recurso interno, recorrer perante o TEDH, demandando conjuntamente o Estado-membro em causa e a União Europeia.

Todavia, porque os Estados-membros por vezes não são aptos a modificar o conteúdo dos atos jurídicos emanados pelas instituições europeias, o mecanismo da co-demanda impõe a intervenção da União Europeia, constituindo-a como parte de um processo e vinculando-a à decisão do TEDH. Esta hipótese é prevista nos

---

<sup>590</sup> Neste sentido, vide MONIZ, G. (2013), *Os termos da adesão da UE à CEDH: da soberania do Bósforo ao escrutínio total*, Periódico do CIEDA e do CEIS20, n.º 9 julho/dezembro, 2013, p.140.

<sup>591</sup> Neste sentido os Considerandos n.º 39 e n.º42 explicitam que o mecanismo da co-demanda não é um privilégio processual conferido à União e aos seus Estados-membros, mas antes uma forma de evitar lacunas na participação, na responsabilidade, e na aplicabilidade da CEDH. Cf. Fifth negotiation meeting between the CDDH *ad hoc* ..., 47+1 (2013) 008rev2, *Final Report to the CDDH*, Council of Europe, April 2013, Strasbourg.

termos do n.º 2 do artigo 3.º do projeto de adesão, embora sejam impostos os moldes em que concretamente opera a co-demanda. Neste sentido, a União poderá ser co-demandada quando, em virtude da aplicação do direito comunitário de fonte primária ou secundária, um ou mais Estados-membros estejam no constrangimento de violar os direitos dos indivíduos insertos na CEDH, em cumprimento das obrigações decorrentes da sua qualidade de membro da União Europeia, ou de violem estas obrigações, visando preservar as disposições contidas na CEDH<sup>592</sup>.

Para ser co-demandada, a União Europeia deve aceitar o convite que o TEDH lhe tenha dirigido nesse sentido, ou tomar a iniciativa de se constituir Parte perante o TEDH, competindo a este último deferir ou indeferir o pedido. Em qualquer caso, a co-demanda poderá apresentar-se como vantajosa para União Europeia, permitindo-lhe proceder à posterior alteração dos atos jurídicos por si emanados, ou concedendo-lhe a oportunidade de se pronunciar acerca da validade e sentido interpretativo dos seus atos, pressupondo-se a ausência de pronúncia no reenvio prejudicial da questão ao TJUE. Por via do n.º 3 do artigo 3.º do projeto de adesão possibilita-se igualmente que os Estados-membros venham a ser co-demandados, ainda que a ação interposta no TEDH se destine diretamente à União Europeia. Esta previsão está essencialmente vocacionada para os casos em que não obstante do ato jurídico emanar os órgãos competentes da União Europeia, os Estados-membros dispõe de uma certa margem de atuação aquando da implementação desses atos, como sucede relativamente às Diretivas.

Ainda no âmbito do mecanismo de co-demanda, prevê-se ainda, que este configura uma espécie de litisconsórcio necessário, dada a possibilidade de uma das partes vir a requerer a participação na ação enquanto co-demandado/a, consoante o caso concreto incida sobre o disposto n.º 2 ou o n.º 3 do artigo 3.º do projeto de adesão. Este pedido depende da aceitação do TEDH, que deverá, em todo o caso, limitar-se à apreciação do mesmo, independentemente do mérito da

---

<sup>592</sup> A violação decorre assim de uma de duas formas: ou porque o direito primário ou derivado não permite uma forma de atuação diferente por parte do Estado-membro que está em desconformidade com a Convenção, ou porque o Estado-membro, dando uso à margem de atuação que dispõe para a implementação de certas normas da União, incorreu em violação da CEDH.

ação<sup>593</sup>. Porém, esta alteração pode partir da iniciativa do TEDH, convidando uma das partes a participar na ação. Nesse sentido, esclarece o relatório explicativo: “(...) when **notifying an alleged violation** or at a later stage of the proceedings, **invite a High Contracting Party to participate** in the proceedings as a **co-respondent** if it **considers that the criteria set out in Article 3, paragraphs 2 or 3, as appropriate, are met**” [destacado nosso]<sup>594</sup>. Em todo o caso, a participação na ação, na qualidade de co-demandado, depende igualmente da aceitação do Estado-membro, preservando-se a sua vontade.

O mecanismo da co-demanda cessa, em qualquer estágio do processo, sempre que a parte principal e o co-demandado submetam requerimento neste sentido, demonstrando que os critérios para acionar este mecanismo não se encontram verificados. Ao TEDH caberá apreciar o pedido, deferindo-o ou indeferindo-o. No seu silêncio, o mecanismo continuar-se-á a aplicar nos moldes estabelecidos<sup>595</sup>.

O mecanismo da co-demanda não se confunde com a intervenção de terceiros. Esta modalidade processual, permitida pelo artigo 36.º, n.º 2 da CEDH, difere da co-demanda na medida em que a decisão que vier a ser estabelecida não vinculará o terceiro interveniente no processo. A intervenção de terceiros constitui um mecanismo de flexibilidade. Aquando da adesão da União Europeia à CEDH, o TEDH poderá vir a utilizar este mecanismo para os casos em que a União Europeia rejeite a aplicação do mecanismo da co-demanda.

O quadro geral da aplicação do mecanismo da co-demanda é omissivo quanto à questão de saber qual a instituição europeia que representará a União Europeia nos processos em que esta seja co-demandada, e quanto à questão do esgotamento

---

<sup>593</sup> Neste plano, o Considerando n.º58 do relatório explicativo do projecto de adesão refere: “The Court will inform the parties to the case of its decision. When taking such a decision, the Court will limit itself to assessing whether the reasons stated by the High Contracting Party (or Parties) making the request are plausible in the light of the criteria set out in Article 3, paragraph 2 or 3, as appropriate, of the Accession Agreement, without prejudice to its assessment of the merits of the case.” Cf. Fifth negotiation meeting between the CDDH *ad hoc* ..., 47+1 (2013) 008rev2, *Final Report to the CDDH*, Council of Europe, April 2013, Strasbourg.

<sup>594</sup> Cf. Fifth negotiation meeting between the CDDH *ad hoc* ..., 47+1 (2013) 008rev2, *Final Report to the CDDH*, Council of Europe, April 2013, Strasbourg, Considerando n.º53.

<sup>595</sup> Cf. Fifth negotiation meeting between the CDDH *ad hoc* ..., 47+1 (2013) 008rev2, *Final Report to the CDDH*, Council of Europe, April 2013, Strasbourg, Considerando n.º 59.

das vias de recursos interno, no caso da co-demanda entre Estados-membros da CEDH.

Neste sentido, em consideração das competências específicas de cada órgão da União, afigura-se lógico que as instituições europeias, através das quais foram emanados os atos jurídicos em causa, devam representar a União Europeia em juízo. Esta asserção parte igualmente da ideia de que serão estas as instituições que poderão, em fase posterior ao processo, vir a proceder à alteração dos atos jurídicos, conformando-os com as disposições da CEDH.

Quanto à segunda questão, consideramos que a exigência pelo esgotamento das vias internas de recurso, no caso em que um ou mais Estados-membros sejam co-demandados, é uma solução dificilmente coerente e harmoniosa. Em primeiro lugar, impor-se-ia sobre os indivíduos um encargo excessivo, que possivelmente resultaria num abandono do mecanismo da co-demanda, obrigando-os a recorrer aos tribunais internos de todos os Estados-membros envolvidos na violação de uma das disposições da CEDH. Em segundo lugar, através de uma tal solução, poder-se-ia dar o caso dos tribunais internos produzirem decisões contraditórias. Por último, vale a consideração de que o esgotamento das vias de recurso, leva a pressupor, no limite, que os tribunais internos de um Estado-membro da CEDH representam uma via de recurso às decisões dos tribunais internos de um outro Estado-membro, algo que é inconcebível à luz do princípio da igualdade e com respeito às soberanias dos Estados.

#### **4.2.2.5. Breves consideradores sobre a adesão da União Europeia à CEDH**

Face a esta sucinta análise relativa ao projeto de adesão da União Europeia à CEDH em cumprimento do disposto no n.º 2 do artigo 6.º do TUE podemos retirar as seguintes conclusões.

No respeitante à articulação de catálogos de direitos – a CDFUE e a CEDH – observa-se em *prima facie* os dois instrumentos, face ao projeto de adesão, continuarão a vigorar sobre um espaço comum, sem que tal pressuponha uma

relação vertical entre ambos, sendo que no entanto, é preciso ter-se em atenção que o TEDH não dispõe de competência para apreciar os direitos inscritos na CDFUE que não tenham correspondência na CEDH, reservando-se esta competência para os tribunais nacionais e para o TJUE.

Ainda sobre a perspectiva desta articulação, concluímos também que a União Europeia irá aderir somente aos Protocolos Adicionais n.º 1 e n.º 6º – os mesmos a que aderiram todos os Estados-membros da União. A adesão aos restantes protocolos far-se-á em bloco, evitando que através da União Europeia, os Estados-membros sejam compelidos a cumprir com determinados Protocolos que rejeitaram enquanto Parte no Conselho da Europa.

Na perspectiva das competências dos tribunais, vimos que de acordo com os termos do Tratado da União Europeia, o TJUE não possui competência para se pronunciar sobre os atos PESC, exceto quanto ao previsto na disposição do 2.º parágrafo do artigo 275º TFUE – que por seu turno, remete para os artigos 40º TUE e 263º TFUE. Quanto ao TEDH, verifica-se que por princípio, este terá competência para se pronunciar sobre estes atos e sobre a sua conformidade com a CEDH. Todavia, no seguimento daquilo que expusemos, tal competência não afasta de todo a intervenção do TJUE. Desde logo, através do sistema de reenvio prejudicial, este tribunal pode ser chamado a apreciar uma questão relacionada com a PESC, tendo a possibilidade, tal como sugere a Comissão Europeia e a Alemanha, bases para dilatar a sua atuação neste campo.

No âmbito da presunção da *“proteção equivalente”* verificamos que o projeto de acordo não é totalmente elucidativo, deixando a questão em aberto e à mercê do entendimento que o TEDH venha a manter. Vimos que caso *Bosphorus*, o Tribunal de Estrasburgo concedeu uma autêntica “carta-branca” à União Europeia, baseando-se num pressuposto, que ainda, que ilidível beneficia a União e seus Estados-membros. Tal situação não se verifica em relação às demais partes da Convenção e poderá por isso ser causa de alguma instabilidade no seio da Convenção, pois recorde-se que a adesão da União à CEDH esta dependente também da aceitação das restantes partes, pelo que não é conveniente que se procure obter um regime privilegiado que venha a desequilibrar o princípio da igualdade entre as Partes que aderiram à CEDH. Todavia, a manter-se a orientação

relativa à presunção da “*proteção equivalente*”, verificamos que a mesma pode ser afastada. Na jurisprudência do TEDH observámos por exemplos em que tal sucedeu. Estes casos relacionam-se sobretudo com a margem de discricionariedade de que os Estados-membros dispõem aquando da transposição para a ordem nacional dos atos jurídicos da União Europeia.

Por último, quando ao mecanismo da co-demanda, este foi estruturado no presente projeto de adesão por forma a evitar que o TEDH se venha a pronunciar sobre o direito da união europeia, decidindo perante os casos concretos a quem deve ser dirigida a queixa apresentada pelos indivíduos e pelas pessoas coletivas. O n.º 6 do artigo 3.º do projeto garante também a possibilidade de intervenção do TJUE, se ainda não o tiver feito em sede do reenvio prejudicial, nos casos em que um ou mais Estados-membros venham a ser diretamente demandados e a União venha a aceitar constituir-se enquanto co-demandada, servindo este mecanismo para garantir não só que o TJUE teve oportunidade para aferir a conformidade do ato da União com a CEDH, mas também porque ao fazê-lo, permite-se que o princípio da autonomia do direito da União seja preservado. Como tivemos oportunidade de referir a grande vantagem para a proteção dos direitos humanos é óbvia: a decisão do TEDH irá vincular a União Europeia e os Estados-membros que estejam presentes como partes num processo.

A grande conclusão relativamente à adesão da União Europeia à CEDH encontra-se indubitavelmente na ideia de que ainda que as competências do TJUE sejam preservadas e respeitadas, o TEDH terá a “*última palavra*”, pronunciando-se sobre a conformidade do direito da União Europeia em relação à CEDH. Por este motivo, a análise que adiante realizaremos relativamente às restrições ao direito de propriedade originadas pelos instrumentos de resolução das instituições bancárias, tomarão por base a CEDH, e em particular, o seu artigo 1.º do Protocolo n.º 1.

## **CAPÍTULO II**

### **5. O Regime Europeu de Falências Bancárias**

As crises económicas, financeiras e, em particular, as crises bancárias, não são decerto uma realidade exclusiva dos tempos atuais.

Ao longo da História, sobretudo no último século, as crises têm colocado as economias mundiais à prova, exigindo-lhes a adoção de mecanismos e instrumentos aptos a obviar a sua ocorrência. A título de exemplo, a Grande Depressão, ocorrida nos Estados Unidos da América, durante a década de 30 do século XX, levou a que se efetuasse uma profunda reforma no sector bancário e na legislação financeira. Também durante a “*crise dos tigres asiáticos*” de 1997, na qual se assistiu ao escalar de uma crise mundial após a desvalorização da moeda tailandesa, seguida de uma desvalorização das moedas da Malásia, da Indonésia, das Filipinas, de Taiwan, de Hong Kong, e da Coreia do Sul, levou a que encetassem várias reformas estruturais através dos organismos do Fundo Mundial Internacional.

Sobre os exemplos anteriores, e sobre muitos outros exemplos que se poderiam recortar da História<sup>596</sup>, observa-se um comportamento padronizado de implementação de reformas estruturais, após o despoletar de cada crise. Tal como assinala Boccuzzi, “*são as crises, em particular, as crises sistemáticas, que induzem à*

---

<sup>596</sup> Neste sentido poder-se-ia mencionar, por ordem cronológica, outros exemplos, tais como: a crise do petróleo de 1973, que resultou num embargo no fornecimento de petróleo por parte dos Estados-membros da OPEP; o “*Black Monday*” de 1987, uma crise do mercado das ações que teve origem em Hong Kong, mas que se alargou à Europa e aos Estados Unidos da América; a crise do peso mexicano de 1994, iniciada pela desvalorização da moeda mexicana, que afetou os demais países da americana latina; a Moratória Russa de 1998, que levou à desvalorização do rublo e ao congelamento dos depósitos em moeda estrangeira; a crise “*dotcom*” de 1997 a 2000, que nasceu da bolha especulativa em torno de empresas com atividade da internet, em particular, as instituições de crédito; e a crise argentina de 2001 e 2002, que, em resultado da impossibilidade da manutenção da paridade peso-dólar, levou a que se adotassem medidas como a limitação do levantamento de depósitos bancários e a suspensão do pagamento de montantes da dívida interna.



*mudança e à inovação em vista de um novo equilíbrio e de uma nova dinâmica, seja numa só empresa, seja num sector inteiro*”<sup>597</sup>.

A globalização económica e financeira, assente num modelo de estreita interdependência entre as economias dos Estados, veio potenciar o risco de contágio. Quando, em setembro de 2008, se assistiu à falência do *Banco Lehman Brothers*, um dos maiores bancos norte-americanos de investimento no setor dos créditos imobiliários – na expressão inglesa, o setor da “*subprime mortgage*” –, a crise do mercado norte-americano rapidamente se fez repercutir a nível mundial. Durante os anos seguintes, 2008 e 2009, a crise do sector imobiliário alargou-se ao sector bancário, com a falência de várias entidades bancárias norte-americanas e europeias.

À crise do “*subprime mortgage*” e à consequente crise bancária foram apontadas várias razões, entre as quais a falta de regulação do setor, a falha na supervisão da atividade bancária, a inexistência de métodos regulamentares para situações de emergência, e a inadequada gestão dos riscos financeiros<sup>598</sup>. O colapso de grandes instituições bancárias obrigou a uma rápida ação dos Estados, levando à confrontação de duas políticas económicas e financeiras distintas: a primeira baseada na intervenção estadual através do resgate financeiro; a segunda, alicerçada no conceito liberal de “*swim or sink*” – nadar ou afogar<sup>599</sup>. Não obstante, o impacto social, económico, financeiros, e político causado pelas insolvências das grandes instituições bancárias e a vigência informal das políticas “*Too big to fail*”, ditaram, em múltiplos casos, o recurso à opção pela intervenção estadual. Através do recurso ao erário público, os Governos de alguns Estados, como Portugal, injetaram avultados montantes pecuniários no seio das instituições bancárias, resgatando-as de uma eventual falência e conferindo-lhes maior solidez e solvabilidade.

No entanto, os resgates financeiros destas instituições, operados através da socialização dos prejuízos, não conduziram à desejada estabilidade económica, financeira, e do sector bancário. Pelo contrário, as repercussões das medidas

---

<sup>597</sup> Vide BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p. 1.

<sup>598</sup> Neste sentido, cf. *Op. Cit.*, pág. 2.

<sup>599</sup> *Idem*.

adotadas refletiram-se no plano social, através do aumento das taxas de desemprego, e no plano económico, através da recessão subsequente<sup>600</sup>. Neste cenário, que se alargou até ao verão de 2011, emergiu uma nova crise, relacionada com as dívidas soberanas, que, em alguns casos, exigiu a intervenção do Fundo Monetário Internacional, como foi o caso português<sup>601</sup>. A dívida soberana, refletida no aumento dos défices e da dívida pública, conduziram a uma fragmentação do mercado bancário europeu, verificando-se uma disparidade no custo dos *spreads* de acesso ao mercado financeiro, por parte dos sistemas bancários nacionais<sup>602</sup>.

A fragmentação do sistema bancário europeu, conduziu, por seu turno, à instabilidade das economias europeias mais débeis, afetando, por conseguinte, a estabilidade europeia. Assim, emergiu a necessidade de criar no espaço comunitário uma abordagem conjunta, obviando à disparidade de soluções adotadas pelos Estados-membros relativamente à insolvência das instituições bancárias. Esta resposta comum teve por base um alinhamento das políticas e das legislações relativas às instituições bancárias, aos bancos centrais, e às entidades de supervisão. O impacto das crises económicas e bancárias de 2008 e de 2011 impulsionaram a criação de uma União Bancária. No seguimento do pensamento de Boccuzzi: “*The **guiding philosophy has been changed, and changed radically, from what was minimum harmonisation among national legislations to what aims towards maximum harmonisation and a focus on a pan-European system for banking supervision and crisis management***” [destacado nosso]<sup>603</sup>.

A criação de uma União Bancária teve, por fundamento, entre outras finalidades, a harmonização das normas e procedimentos de supervisão bancária e a proteção dos contribuintes europeus, sobre os quais se repercutiu a assistência financeira às instituições bancárias. Neste contexto, nos termos que a seguir analisamos, a União Bancária foi edificada sobre três pilares, a saber: o Mecanismo

---

<sup>600</sup> Neste sentido, cf. *Op. Cit.*, pág. 3.

<sup>601</sup> No contexto europeu, o Fundo Monetário Internacional conheceu os pedidos de assistência da Grécia, da Irlanda, e de Portugal.

<sup>602</sup> Esta conclusão é extraída do autor Boccuzzi. *Vide* BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, pág. 3.

<sup>603</sup> *Ibid.*, p.4

Único de Supervisão, o Mecanismo Único de Resolução, e o Sistema Único de Garantia de Depósitos.

### **5.1. A União Bancária Europeia**

Anteriormente à criação de uma União Bancária, a gestão das crises do setor bancário realizava-se de diferentes formas, com respeito àquilo que dispunham o direito interno dos vários Estados-membros da União Europeia, e em particular o direito interno dos Estados-membros da União Económica e Monetária – Zona Euro. Com efeito, às insolvências bancárias ocorridas entre 2008 e 2011, aplicaram-se diferentes abordagens.

Em alguns Estados-membros, como o caso português, a gestão das insolvências bancárias foi realizada a nível administrativo, com a intervenção estadual; porquanto noutros Estados, seguiu-se de insolvência, envolvendo, em determinados casos, o recurso aos tribunais. Também no que se reporta à supervisão bancária, os Estados-membros possuíam assinaláveis assimetrias, o que dificultava a coordenação entre instituições bancárias que tinham a sede e as respetivas filiais em dois ou mais Estados-membros<sup>604</sup>.

Na maioria dos casos, os Estados-membros recorreram à intervenção pública das instituições bancárias, temendo as consequências económicas que as insolvências bancárias pudessem vir a gerar, com a consequente diminuição do investimento externo<sup>605</sup>. No caso português, a intervenção ocorreu em três grandes instituições bancárias privadas, a saber: o Banco Popular Português (BPP), o Banco Português de Negócios (BPN) e o Banco Espírito Santo (BES)<sup>606</sup>. As intervenções públicas ao sector bancário, por conseguinte, repercutiram-se nas contas públicas, levando a que se criasse um ciclo vicioso entre o risco bancário e o risco soberano<sup>607</sup>. Em Portugal, este ciclo coincidiu com o aumento do défice e da

---

<sup>604</sup> Cf. *Op. Cit.* p.13.

<sup>605</sup> Cf. *Op. Cit.* p.14.

<sup>606</sup> Cf. Ferreira, C. (12 de abril de 2015), As falhas do Banco de Portugal nas quedas do BPN, BPP e BES, in *Jornal Público*. Disponível em: <https://www.publico.pt/2015/04/12/economia/noticia/as-falhas-do-banco-de-portugal-1692097>

<sup>607</sup> Neste contexto, o autor Boccuzzi observa que o risco bancário e o risco soberano, repercutiram-se sobretudo nas economias dos Estados-membros onde a dívida pública e o défice já eram

dívida pública, calculando-se que cerca de 13 mil milhões de euros foram empregues no resgate ao sector bancário, o que corresponde a aproximadamente 7,3% do produto interno bruto (PIB) português<sup>608</sup>.

A necessidade de reformar e harmonizar a legislação comunitária do sector bancário tornou-se premente. Todavia, até à criação da União Bancária, a divergência política impediu que fossem adotados mecanismos e instrumentos comuns de gestão das crises bancárias. Até então, o quadro legislativo europeu, relativo ao sector bancário, alicerçava-se em quatro Diretivas principais, a saber: a Diretiva 94/16/CE, através da qual foram implementadas regras relativamente aos sistemas de garantias de depósitos<sup>609</sup>; a Diretiva 2001/24/CE, relativa à aplicação de um processo de liquidação único a todos os credores e investidores, em caso de falência de uma instituição de crédito com sucursais noutros países da União Europeia<sup>610</sup>; a Diretiva 2006/48/EC, que veio a estabelecer as condições de acesso e de exercício da atividade das instituições de crédito, contendo ainda importantes disposições relativas à liberdade de estabelecimento e livre prestação de serviços, às relações com países terceiros, e instituiu uma série de instrumentos técnicos para a supervisão prudencial<sup>611</sup>; e a Diretiva 2009/14/CE, que veio a proceder à

---

significativas, levando ao agravar da sua situação. *Vide* BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.14.

<sup>608</sup> Cf. Luís Reis Ribeiro, (22 de dezembro de 2015), Portugueses já deram 13 mil milhões para salvar bancos, *in* Diário de Notícias. Disponível em: <http://www.dn.pt/portugal/interior/portugueses-ja-deram-13-mil-milhoes-para-salvar-bancos-4948381.html>

<sup>609</sup> A presente Diretiva impunha a adesão obrigatória das instituições bancárias a um sistema de garantia de depósitos; a adoção de um sistema de garantia dos depósitos efetuados em sucursais bancárias a operar na Comunidade Europeia; e fixavam o valor de 20 000 euros como o nível mínimo de cobertura do sistema de garantia dos depósitos. Cf. Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 1994, *relativa aos sistemas de garantias de depósitos*, Jornal Oficial da União Europeia L 135/5, de 31 de maio de 1994

<sup>610</sup> Cf. Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril de 2001, *relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito*, Jornal Oficial da União Europeia L 125, de 5 de maio de 2001.

<sup>611</sup> Cf. Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, *relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício*, Jornal Oficial da União Europeia L 177, de 30 de junho de 2006

alteração da Diretiva 94/19/CE, no que respeita ao nível do valor de cobertura (100 mil euros) e ao prazo de reembolso, estabelecido em vinte dias úteis<sup>612</sup>.

À parte deste quadro legislativo comunitário, vigoravam, na ordem jurídica europeia, os “*Princípios Essenciais da Basileia Destinados a Garantir uma Supervisão Bancária Eficiente*”. Estes princípios – desenvolvidos conjuntamente pelo Comité de Basileia de Supervisão Bancária, pela Associação Internacional de Garantia de Depósitos, pelo Fórum Europeu de Fundos de Garantia de Depósitos, pela Comissão Europeia, pelo Fundo Monetário Internacional, e pelo Banco Mundial – encerravam um conjunto de estratégias e orientações gerais no que respeita à eficiência dos sistemas de garantia de depósitos<sup>613</sup> e estabeleceram-se como referência comum para a eficaz regulação e supervisão dos bancos e dos sistemas bancários. Estes princípios reportavam-se à atuação das instituições bancárias, às atividades permitidas, aos critérios de funcionamento das instituições, às aquisições e transferências da propriedade dos bancos, à gestão do risco e dos créditos, às provisões e à exposição ao risco, à liquidez e aos juros, à integridade e à auditoria, aos poderes e técnicas de supervisão, e às ações de retificação.

No entanto, em fevereiro de 2009, o “*Relatório Larosière*” do Grupo de Peritos de Alto Nível encarregado da Supervisão Financeira da União Europeia, presidido por Jacques de Larosière<sup>614</sup>, depois de elencar os efeitos negativos produzidos pela crise que a Europa atravessava, recomendou à União Europeia a adoção de um Sistema Europeu de Supervisão Financeira (SESF), por forma a conferir consistência e coerência aos mecanismos de supervisão financeira.

Com apoio no Tratado de Funcionamento da União Europeia, em particular dos artigos 26.º e 114.º, relativos ao mercado interno e à aproximação das legislações; dos artigos 290.º e 291.º, respeitantes aos atos delegados e aos atos de

---

<sup>612</sup> Cf. Diretiva 2009/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2009, que altera a Diretiva 94/19/CE que altera a Diretiva 94/19/CE relativa aos sistemas de garantia de depósitos, no que respeita ao nível de cobertura e ao prazo de reembolso, Jornal Oficial da União Europeia L 68, de 13 de março de 2009.

<sup>613</sup> Cf. Basel Committee on Banking Supervision, (2012), *Core Principles for Effective Banking Supervision*, Bank for International Settlements. Disponível em: <http://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>

<sup>614</sup> *Relatório do Grupo de Peritos de Alto Nível encarregado da Supervisão Financeira da União Europeia*, 25 de fevereiro de 2009, Bruxelas. Disponível em: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances/docs/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf)

execução; e do artigo 127.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 6, concernente à supervisão prudencial das instituições de crédito, foi criado o sistema de supervisão composto por várias entidades supervisoras europeias e nacionais, assente numa monitorização do setor bancário em termos micro e macroprudenciais. Faziam parte do SESF: o Comité Europeu de Risco Sistémico, a Autoridade Bancária Europeia, a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma, a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados, o Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão e as Autoridades Nacionais de Supervisão.

Em termos do seu funcionamento, a SESF opera em torno de dois eixos: a supervisão e regulação microprudenciais e a supervisão macroprudencial.

Quanto ao primeiro eixo, este era composto por uma multiplicidade de entidades, que se estratificavam consoante a área da sua competência – setor bancário, atividade seguradora, ou mercados de valores mobiliários – e o nível sobre o qual incidia a supervisão – a nível europeu ou nacional. Neste eixo, a consistência e a coerência pretendidas exigiram a criação de vários organismos e instrumentos de coordenação, entre os quais figuravam as Autoridades Europeias de Supervisão<sup>615</sup>, o Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão<sup>616</sup>, e as Autoridades nacionais de Supervisão<sup>617</sup>.

No segundo eixo, referente à supervisão macroprudencial, competia ao Comité Europeu do Risco Sistémico o exercício das funções relativas à prevenção dos riscos sistémicos para a estabilidade financeira da União Europeia. O Comité dispunha de uma série de instrumentos, aptos à realização as suas várias atribuições, entre as quais: a análise das informações financeiras da União Europeia, a identificação dos riscos para a estabilidade, a emissão de alertas e

---

<sup>615</sup> Às Autoridades Europeias de Supervisão competia o exercício da supervisão microprudencial a nível europeu. Este organismo era composto pela Autoridade Bancária Europeia, pela Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma; e a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados.

<sup>616</sup> Ao Comité Conjunto das Autoridades Europeias de Supervisão competia o exercício da cooperação intersectorial, sobretudo nos domínios dos conglomerados financeiros, da contabilidade e auditoria, das análises microprudenciais, dos riscos e vulnerabilidades entre os setores, do intercâmbio de informações entre entidades, e do combate ao branqueamento de capitais.

<sup>617</sup> Às Autoridades Nacionais de Supervisão cabe executar a supervisão microprudencial no contexto nacional dos Estados-membros.

formulação de recomendações, e a coordenação entre as suas funções e atividades com as organizações financeiras internacionais.

Perante o agravamento da crise económica e financeira, com especial ênfase no sector bancário, o sistema de supervisão europeia veio a demonstrar-se insuficiente para prever e antecipar a ocorrência de novas crises. A recessão de 2011 colocou em evidência a necessidade de encetar uma nova lógica relativamente à supervisão financeira e à gestão da crise bancária. Afigurou-se necessário abandonar o modelo de harmonização mínima, assente na descentralização e fragmentação decisória<sup>618</sup>. A opacidade do sistema financeiro, a dispersão das estruturas de supervisão, e os desequilíbrios macroeconómicos levaram as instituições europeias – entre elas, a Comissão Europeia – a observarem pela necessidade de soluções integradas e consolidadas, que permitissem o aumento da eficiência da gestão das crises económicas e financeiras e que, simultaneamente, lograssem êxito na redução dos custos, sobretudo para os contribuintes. O projeto da União Bancária teve, nestes fatores, o impulso necessário para a sua concretização, abrindo espaço a uma maior integração económica e financeira, nomeadamente entre os Estados-membros da Zona Euro<sup>619</sup>.

O projeto da União Bancária fixou, como prioridades essenciais, a uniformização das regras prudenciais; a eliminação das discrepâncias nos critérios de supervisão dos Estados-membros; o aumento da solidez do setor bancário europeu; a redução da interdependência entre o setor bancário e a dívida soberana; a agilização da comparação entre instituições bancárias europeias e os sistemas bancários dos diferentes Estados-membros<sup>620</sup>; e a proteção dos contribuintes europeus, evitando a ocorrência do resgate financeiro das instituições bancárias com recurso ao erário público.

Em função das prioridades delimitadas, a União Bancária estruturou-se em três pilares, a saber: o Mecanismo Único de Supervisão, o Mecanismo Único de

---

<sup>618</sup> Em igual sentido, *vide* BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, pp.19 – 20.

<sup>619</sup> *Idem*.

<sup>620</sup> *Cf. Op. Cit.*, p.21.

Resolução, e o Sistema Único de Garantias de Depósito. Estes pilares foram completados por um Manual Único de Supervisão, subdivido em Regras Comuns – “*Single Rulebook*” – e Práticas Comuns de Supervisão – “*SSM Supervisory Manual*”. Através desta estrutura e através de cada pilar, a União Bancária pretende aprofundar a integração do setor bancário, edificando-o sobre um conjunto de regras comuns e de uma supervisão centralizada, que permita uma ação concertada, atempada, e eficiente, relativamente às instituições que incorram em dificuldades financeiras, trazendo para o seio da Zona Euro um processo de resolução mais transparente e assente na proteção dos contribuintes europeus<sup>621</sup>. Com efeito, a criação da União Bancária representa uma proposta conjunta, coerente, e concertada à crise económica e financeira de 2007-2008 e à recessão económica de 2011, que levaram ao desequilíbrio do setor bancário europeu<sup>622</sup>.

Uma das prioridades assumidas, aquando da criação deste sistema, assentou na proteção dos contribuintes europeus, evitando o resgate financeiro das instituições bancárias através do recurso ao erário público. Uma vez que as crises económicas e financeiras permitiram estabelecer a correlação entre a crise do setor bancário e o risco subsequente para a dívida soberana, a União Bancária, através dos seus mecanismos, consagrou o princípio de que os acionistas e os credores deverão, em primeira linha, absorver as perdas resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução das instituições bancárias. Esta alteração veio a fragilizar a posição dos acionistas e dos credores, ainda que em benefício dos contribuintes europeus. Por esse motivo, convenhamos pela oportunidade de analisar a estrutura da União Bancária para, por fim, determinar qual a posição do acionista neste redesenho europeu.

---

<sup>621</sup> Vide igualmente, Associação Portuguesa de Bancos, (2015), *União Bancária: O novo quadro de Supervisão e Regulação*, disponível em: <http://www.apb.pt/content/files/UnioBancaria.pdf>.

<sup>622</sup> Neste sentido, Boccuzzi acrescenta que a intenção do legislador europeu passa por fortificar a regulação prudencial do sistema bancário, com vista a reduzir as possibilidades da ocorrência de falências bancárias; reduzir o impacto dos prejuízos nas economias nacionais e minimizar os custos das crises bancárias para os vários intervenientes (contribuintes, entidades reguladoras, entidades de supervisão, acionistas e obrigacionistas). Cf. BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.22.



### 5.1.1. Mecanismo Único de Supervisão (MUS)

O Mecanismo Único de Supervisão é um sistema de supervisão prudencial das instituições de crédito, estabelecido ao nível da Zona Euro. A sua base legal assenta no artigo 127.º, n.º 6 do TFUE, o qual autoriza o Conselho a conferir ao Banco Central Europeu – doravante, designado “BCE” – *“atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito”*. Com base nesta prerrogativa, e em observância com as regras procedimentais estabelecidas no n.º 6 do artigo 127.º do TFUE, o Conselho adotou o Regulamento n.º 1024/2013, através do qual foi instituído o Mecanismo Único de Supervisão, doravante designado “MUS”<sup>623</sup>.

O Mecanismo é composto pelo BCE e pelas Autoridades Nacionais de Supervisão – doravante, designadas “NCA”<sup>624</sup> –, a quem compete supervisionar, direta e indiretamente, as instituições bancárias dos Estados-membros da Zona Euro. Através desta supervisão prudencial, pretende-se alcançar uma maior segurança e solidez das instituições de crédito; assegurar a estabilidade do sistema financeiro da União Europeia e dos Estados-membros; garantir a manutenção da integridade do mercado interno europeu; contribuir para a recuperação da economia europeia; e supervisionar eficazmente a atividade do setor bancário<sup>625</sup>.

No âmbito do MUS, o BCE supervisiona diretamente as instituições de crédito *“mais significativas”*, porquanto as NCA supervisionam as instituições de crédito *“menos significativas”*. A determinação quanto à significância das instituições bancárias encontra-se fixada no Regulamento n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, *que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do MUS)*, à luz do qual são empreendidos seis critérios de determinação, a saber: a dimensão das instituições de crédito; a relevância

---

<sup>623</sup> Cf. Regulamento 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, *que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito*, Jornal Oficial da União Europeia L 287/63, 29 de outubro de 2013.

<sup>624</sup> Sigla em inglês para “National Competent Authorities”.

<sup>625</sup> Cf. Artigo 1.º do Regulamento 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, *que confere ao BCE (...)*, Jornal Oficial da União Europeia L 287/63, 29 de outubro de 2013.

económica; a relevância nacional relativa; critério da assistência financeira pública direta; as atividades transfronteiriças; e a classificação do MUS<sup>626</sup>. Neste contexto, uma instituição de crédito é “significativa” quando: i) o valor total dos seus ativos seja superior a 30 mil milhões de euros – critério da dimensão; ii) o valor total dos seus ativos seja superior a 5 mil milhões de euros e, simultaneamente, represente mais de 20% do produto interno bruto nacional – critério da relevância económica; iii) seja uma das três maiores instituições de crédito do Estado-membro – critério da relevância nacional relativa; iv) haja solicitado ou recebido assistência financeira do Mecanismo Europeu de Estabilidade ou do Fundo Europeu de Estabilidade Financeira – critério da assistência financeira pública direta; v) quando o valor total dos seus ativos seja superior a 5 mil milhões de euros e o rácio dos seus ativos e passivos transfronteiriços sejam superiores, em mais de 20%, em relação aos seus ativos e passivos – critério das atividades transfronteiriças<sup>627</sup>; v) ou quando, através do MUS, uma instituição de crédito seja considerada “significativa”, por se considerar necessário a aplicação de elevados padrões de supervisão<sup>628</sup>.

No âmbito da supervisão prudencial das instituições bancárias mais significativas, compete ao BCE “conceder e revogar a autorização a instituições de crédito”; “apreciar as notificações de aquisição e alienação de participações qualificadas em instituições de crédito”; assegurar, de acordo com a legislação europeia e nacional, “o cumprimento dos requisitos prudenciais às instituições de crédito em matéria de requisitos de fundos próprios, titularização, limites aos grandes riscos, liquidez, alavancagem financeira, e a divulgação pública de informações sobre essas matérias”; assegurar igualmente, de acordo com a

---

<sup>626</sup> Atualmente o BCE supervisiona diretamente 129 instituições de crédito europeias. Cf. European Central Bank, (2014), *The list of significant supervised entities and the list of less significant institutions*, Frankfurt am Main, Germany, disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssm-listofsupervisedentities1409en.pdf?7f491a3d1ffd265b97f0ed2d9a7d939e>.

<sup>627</sup> Cf. Artigo 6.º, n.º 4, 2.º parágrafo do Regulamento 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE (...), Jornal Oficial da União Europeia L 287/63, 29 de outubro de 2013.

<sup>628</sup> Cf. Artigo 39.º do Regulamento n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do MUS), BCE/2014/17, Jornal Oficial da União Europeia L 141/1, de 14 de maio de 2014. Vide igualmente, Artigo 6.º, n.º 4, último parágrafo do Regulamento 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE (...), Jornal Oficial da União Europeia L 287/63, 29 de outubro de 2013.

legislação europeia e nacional, o “cumprimento dos requisitos relativos às instituições de crédito para implementarem disposições adequadas em matéria de governo das sociedades, incluindo requisitos de adequação e de idoneidade das pessoas responsáveis pela gestão de instituições de crédito, processos de gestão dos riscos, mecanismos de controlo interno, políticas e práticas de remuneração, bem como processos internos eficazes de avaliação da adequação do capital, incluindo modelos baseados nas notações internas”; “efetuar exercícios de revisão e avaliação pelo supervisor”; “exercer a supervisão em base consolidada das empresas-mãe das instituições de crédito estabelecidas num dos Estado-membros participantes, inclusivamente das companhias financeiras e das companhias financeiras mistas, e participar na supervisão em base consolidada, incluindo nos colégios de supervisores”; “na supervisão complementar de um conglomerado financeiro em relação às instituições de crédito que dele fazem parte e assumir as atribuições de coordenação quando o BCE for nomeado coordenador”; e “exercer atribuições de supervisão no que respeita aos planos de recuperação e a uma intervenção precoce quando uma instituição de crédito ou grupo de que o BCE seja a autoridade responsável pela supervisão em base consolidada não satisfaz ou está em risco de infringir os requisitos prudenciais aplicáveis”<sup>629</sup>.

As atribuições do BCE, no que respeita à supervisão das instituições bancárias, concentram-se essencialmente na previsão e prevenção, concedendo-lhe poderes para intervir numa fase inicial das resoluções bancárias<sup>630</sup>. Com efeito, o artigo 4.º, n.º 1, alínea i) do Regulamento n.º 1024/2013 do Conselho, alinha-se com o objetivo do reforço da solidez das instituições bancárias ao reportar-se a uma “intervenção precoce” do BCE, sempre que se verifique o risco de incumprimento dos “requisitos prudenciais aplicáveis” por parte das instituições bancárias.

Outra das mais importantes funções do BCE, neste primeiro pilar da União Bancária, prende-se com as suas competências avaliativas e de controlo, que

---

<sup>629</sup> Cf. Artigo 4.º do Regulamento 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE (...), Jornal Oficial da União Europeia L 287/63, 29 de outubro de 2013.

<sup>630</sup> Em igual sentido, vide Cf. BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1st Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.33.

permitem a realização de uma avaliação à atividade das instituições bancárias. A realização de uma “*avaliação completa*” – artigo 33.º, n.º 4 do Regulamento n.º 1024/2013 do Conselho – abrange a avaliação do balanço financeiro das instituições de crédito, sobretudo em termos da qualidade dos seus ativos<sup>631</sup>, e os testes de esforço, vulgarmente conhecidos como “*Bank Stress Tests*”, aptos a testar pela suficiência do capital e capacidade de resistência a uma crise<sup>632</sup>. Esta avaliação é realizada em cooperação com a Autoridade Bancária Europeia, seguindo os trâmites do *Guia do BCE sobre a Supervisão Bancária*<sup>633</sup>. Derivado do desempenho avaliativo das instituições de crédito, compete ao BCE decidir-se pela imposição de sanções em caso de incumprimentos dos requisitos prudenciais.

Em termos estruturais, as funções de supervisão do BCE são, concretamente, desempenhadas pelas Equipas Conjuntas de Supervisão. Estas Equipas são compostas por membros do BCE e das NCA, sendo chefiadas por um coordenador do BCE. A sua dimensão e composição variam consoante a natureza, complexidade, escala, perfil de risco, e modelo de negócio da instituição bancária supervisionada, sendo que, para cada grupo bancário significativo, é criada uma Equipa<sup>634</sup>. Às Equipas Conjuntas de Supervisão compete o exercício da supervisão permanente dos grupos de instituições bancárias “*mais significativas*”; a implementação das decisões do Conselho de Supervisão<sup>635</sup> e do Conselho do BCE; e o desenvolvimento do plano de atividades de supervisão<sup>636</sup>.

---

<sup>631</sup> Cf. European Central Bank, (2014), *Asset Quality review – Phase 2 Manual*, Frankfurt am Main, Germany, disponível em: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/assetqualityreviewphase2manual201403en.pdf>

<sup>632</sup> Cf. European Central Bank, (2014), *Comprehensive Assessment Stress Test Manual*, Frankfurt am Main, Germany, disponível em: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/castmanual201408en.pdf>

<sup>633</sup> Cf. European Central Bank, (2014), *Guide to Banking Supervision*, Frankfurt am Main, Germany, disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ssmguidebankingsupervision201409en.pdf>.

<sup>634</sup> Cf. Associação Portuguesa de Bancos, (2015), *União Bancária: O novo quadro de Supervisão e Regulação*, p. 7.

<sup>635</sup> O Conselho de Supervisão é composto por um presidente, um vice-presidente, quatro representantes do BCE, um representante da NCA de cada Estado-membro da União Bancária. *Vide* Artigo 19.º e seguintes do Regulamento 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, *que confere ao BCE (...)*, Jornal Oficial da União Europeia L 287/63, 29 de outubro de 2013.

<sup>636</sup> Cf. Artigo 97.º da Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, *relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE*, Jornal Oficial da União Europeia L 176, de 27 de junho de 2013

O exercício da supervisão direta das instituições de crédito “*mais significativas*”, através do qual são regulamentemente avaliados e medidos os riscos a que cada instituição está exposta, tem por base o Processo de Análise e Avaliação para Fins de Supervisão – ou “*SREP*”, do inglês “*Supervisory Review and Evaluation Process*” –, estabelecido pela Autoridade Bancária Europeia<sup>637</sup>. Este processo centra-se numa metodologia avaliativa que tem por base quatro critérios distintos: a viabilidade e sustentabilidade do modelo de negócio; a adequação do sistema de controlo e governo interno; a adequação dos requisitos de capital; e a adequação dos requisitos de liquidez e financiamento.

Estes critérios são aferidos individualmente, respeitando um processo que principia pela recolha de informação, englobando a análise dos relatórios do Processo de Adequação ao Acesso de Capital Interno, do Processo de Liquidez ao Acesso de Capital Interno, e dos “*Short Term Exercises*”; à qual se segue o cálculo de pontuação para cada um dos critérios; terminando na avaliação do capital e da liquidez, onde se avalia o capital regulatório e a liquidez financeira, se estabelecem os desafios às estimativas de capital e liquidez internos das instituições de crédito, e se executa a análise de esforço<sup>638</sup>. Através deste processo, as instituições de crédito são avaliadas, numa escala de 1 a 4, consoante o risco seja baixo ou elevado grau.

No final deste processo, as Equipas Conjuntas de Supervisão comunicam às instituições de crédito a sua decisão final, designada “*Decisão SREP*”, na qual sugerem a implementação de determinadas medidas que, de modo geral, se prendem com as necessidades de capital adicional ou de liquidez adicional; ou ainda a adoção de uma outra série de medidas qualitativas que as Equipas consideram adequadas à situação concreta<sup>639</sup>.

---

<sup>637</sup> Cf. European Banking Authority (2014), *Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process (SREP)*, EBA/GL/2014/13, December 19<sup>th</sup> of 2014, disponível em: [https://www.eba.europa.eu/documents/10180/935249/EBA-GL-2014-13+\(Guidelines+on+SREP+methodologies+and+processes\).pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/935249/EBA-GL-2014-13+(Guidelines+on+SREP+methodologies+and+processes).pdf)

<sup>638</sup> Cf. European Banking Authority (2014), *Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process (SREP)*, EBA/GL/2014/13, December 19<sup>th</sup> of 2014, p. 120 e seguintes.

<sup>639</sup> *Idem*.

Por outro lado, o MUS engloba a supervisão de uma vasta série de entidades bancárias consideradas “*menos significativas*”. Nos termos do disposto do artigo 43.º, n.º 7 do Regulamento n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, são classificadas como instituições de crédito “*menos significativas*” todas aquelas que não preenchem um dos requisitos do artigo 6.º, n.º 4 do Regulamento n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, nos termos *supra* analisados. Tais entidades são supervisionadas pelas NCA em cooperação com o BCE, nos termos definidos no *Guia de Supervisão Bancária*<sup>640</sup>.

Ainda ao nível cooperativo, as NCA exercem apoio ao BCE, participando igualmente no processo decisório relativo às matérias de supervisão prudencial, através do Conselho de Supervisão<sup>641</sup>.

Ao nível das suas funções, compete às NCA exercer a supervisão e a regulamentação de todas as matérias que não se encontrem previstas na supervisão prudencial, tais como as práticas de transparência da atividade bancária, a equidade na relação com os clientes, e as práticas relativas ao branqueamento de capitais. Compete, igualmente, às NCA exercer poderes de supervisão sobre os intermediários, tais como as empresas de investimento, as sociedades de gestão de ativos, as instituições de moeda eletrónica, as instituições de pagamento e, em última instância, as sociedades fiduciárias. Os poderes de supervisão das NCA alargam-se igualmente aos serviços de pagamento bancários, às atividades desenvolvidas pelas instituições bancárias nos mercados de instrumentos financeiros, e às instituições bancárias de Estados terceiros que operam na União Europeia através das suas sucursais ou através da prestação de serviços<sup>642</sup>. Não obstante da supervisão das instituições de crédito “*menos significativas*” assentar na cooperação entre as NCA e o BCE, este pode, a qualquer momento, assumir a supervisão direta sobre qualquer instituição bancária, visando a aplicação de elevados padrões de supervisão<sup>643</sup>.

---

<sup>640</sup> Cf. European Central Bank, (2014), *Guide to Banking Supervision*, Frankfurt am Main, Germany.

<sup>641</sup> O Conselho de Supervisão é responsável pela elaboração das propostas de decisão submetidas perante o Conselho do BCE.

<sup>642</sup> Cf. European Central Bank, (2014), *Guide to Banking Supervision*, Frankfurt am Main, Germany, p. 38 e seguintes.

<sup>643</sup> Cf. Artigo 6.º, n.º 5, alínea b) do Regulamento 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, *que confere ao BCE (...)*, Jornal Oficial da União Europeia L 287/63, 29 de outubro de 2013.

Por tudo isto, pode afirmar-se que o modelo do MUS adota uma lógica centralizadora, contrariamente ao Sistema Europeu de Supervisão Financeira, assente numa lógica descentralizadora. Com efeito, torna-se visível que a lógica centralizadora harmoniza-se com os objetivos almejados pelo MUS, em particular quanto à coerência e uniformidade de regras e procedimentos.

Neste quadro, o BCE passa a exercer a supervisão direta das instituições bancárias “*mais significativas*”, através das Equipas Conjuntas de Supervisão, e exerce a supervisão indireta das instituições bancárias “*menos significativas*”, através do modelo de cooperação com as NCA. Além disso, como vimos, o BCE mantém a prerrogativa de chamar até si a supervisão direta de qualquer instituição de crédito. A supervisão do BCE aplica-se ainda às instituições bancárias dos Estados-membros fora da Zona Euro, que desejem cooperar na União Bancária, mediante a celebração de um acordo de cooperação<sup>644</sup>. No cômputo geral, são cerca de 129 as instituições de crédito sujeitas à supervisão direta do BCE e cerca de 3 600 instituições de crédito sujeitas à supervisão indireta<sup>645</sup>.

### 5.1.2. Mecanismo Único de Resolução (MUR)

Em resposta às crises financeiras e económicas, que abalaram a estabilidade económica dos mercados internos dos Estados-membros, e perante a falta de instrumentos adequados estabelecidos a nível comunitário, através dos quais se possibilitasse uma atuação mais eficaz para as instituições de crédito em dificuldades ou em risco de insolvência, a União Europeia instituiu, através da Diretiva 2014/59/UE de 15 de maio de 2014, o Mecanismo Único de Resolução,

---

<sup>644</sup> Cf. Decision of the European Central Bank of 31 January 2014, *on the close cooperation with the national competent authorities of participating Member States whose currency is not the euro*, ECB/2014/5.

<sup>645</sup> Para consultar a lista atualizada das instituições bancárias sujeitas à supervisão direta e indireta do BCE no âmbito do MUS, *vide* European Central Bank, (2016), *Bank Supervision: List of Supervised Entities*, acessível em: [https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/list\\_of\\_supervised\\_entities\\_20160101en.pdf](https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/list_of_supervised_entities_20160101en.pdf)

doravante, designado “MUR”<sup>646</sup>. Completado pelo Regulamento n.º 806/2014 de 15 de julho de 2014, o MUR estabelece um sistema, a nível europeu, para a resolução de instituições financeiras e de crédito não viáveis, visando assegurar a resolução ordenada das instituições bancárias em situação de insolvência, minorando as suas repercussões sobre os contribuintes e sobre a economia real<sup>647</sup>.

Na sua lógica construtiva, o MUR pretende estabelecer um sistema de “*Bail-In*” preferencial, evitando a fragmentação de soluções providenciadas pelos Estados-membros<sup>648</sup> e minorando o impacto das resoluções das instituições bancárias na economia dos Estados-membros. Além destes objetivos, o MUR pretende igualmente criar, no seio da União Europeia, uma abordagem comum e harmonizada em relação à insolvência das instituições bancárias, impedir o contágio e a propagação das crises financeiras e económicas, e aumentar a estabilidade financeira necessária para reforçar a confiança no setor bancário e para minorar a relação entre as instituições bancárias e a crise da dívida soberana<sup>649</sup>.

Na sua estrutura, o MUR é composto pelo Conselho Único de Resolução e pelo Fundo Único de Resolução. O Conselho Único de Resolução é o principal órgão de decisão, ao qual compete pronunciar-se sobre os programas de resolução das instituições bancárias em insolvência, sendo igualmente responsável em todas as fases de planeamento e resolução das instituições bancárias transfronteiriças e as grandes instituições de crédito, supervisionadas diretamente pelo BCE. Nos casos em que as resoluções das instituições de crédito exijam recurso ao Fundo Único de

---

<sup>646</sup> Cf. Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, *que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Diretiva 82/891/CEE do Conselho, e as Diretivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho*, Jornal Oficial da União Europeia, L 173/190, de 12 de junho de 2014.

<sup>647</sup> Cf. Regulamento (UE) n.º 806/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, *que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010*, Jornal Oficial da União Europeia, L 225/1, de 30 de julho de 2014.

<sup>648</sup> Anteriormente ao estabelecimento do MUR, a solução estadual assentava comumente nas operações de “*Bail-Out*”, *i.e.*, numa solução de intervenção pública, operacionalizada através da injeção de capital nas instituições de crédito em risco de insolvência, procurando evitar o contágio da economia.

<sup>649</sup> Cf. Parágrafos 10 a 19 do preâmbulo da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.



Resolução, o Conselho Único de Resolução é a entidade responsável pelos programas de resolução aplicados, independentemente da dimensão da instituição.

Na prossecução das suas atribuições, o Conselho Único de Resolução, reúne-se em Sessão Executiva ou em Sessão Plenária, consoante as matérias a tratar<sup>650</sup>. Quando reunido em Sessão Executiva, compete ao Conselho Único de Resolução elaborar todas as decisões a adotar em Sessão Plenária; preparar, avaliar e aprovar os planos de resolução das instituições bancárias; aplicar-lhes obrigações simplificadas; e determinar o requisito mínimo de fundos próprios e de passivos elegíveis que as instituições bancárias necessitam de cumprir e manter em qualquer momento<sup>651</sup>. Por outro lado, quando reunido em Sessão Plenária, ao Conselho Único de Resolução compete adotar o seu programa de trabalho anual; adotar e aprovar o seu orçamento; decidir sobre a necessidade de obter contribuições extraordinárias; decidir sobre os investimentos das contribuições extraordinárias *ex post*, caso os meios financeiros disponíveis não sejam suficientes para cobrir as perdas, os custos ou outras despesas decorrentes da utilização do Fundo Único de Resolução; adotar o seu relatório, a regulamentação financeira aplicável, e o seu regulamento interno; e por fim, entre as suas competências de maior relevo, engloba-se a adoção de estratégias de antifraude, de prevenção e gestão de conflitos de interesses, e a adoção das demais regras aplicáveis ao seu funcionamento interno<sup>652</sup>.

O Fundo Único de Resolução integra igualmente o MUR, sendo este um fundo criado a nível supranacional, gerido pelo Conselho Único de Resolução. A criação do Fundo engloba-se na obrigatoriedade da criação de mecanismos de financiamento das resoluções, imposto pelo artigo 100.º da Diretiva 2014/59/UE, de 15 de maio de 2014, à luz do qual os Estados-membros encontram-se vinculados à criação dos seus mecanismos nacionais de financiamento. Estes mecanismos são criados de forma a possibilitar o uso dos poderes e instrumentos

---

<sup>650</sup> Vide Artigos 53.º e seguintes do Regulamento (UE) n.º 806/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014.

<sup>651</sup> Vide Artigos 54.º e seguintes do Regulamento (UE) n.º 806/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014.

<sup>652</sup> Vide Artigos 50.º e seguintes do Regulamento (UE) n.º 806/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014.

de resolução pela autoridade de resolução, mormente o Conselho Único de Resolução.

O financiamento deste mecanismo é garantido pelas instituições do setor bancário, num modelo que assenta em contribuições proporcionais ao seu montante passivo<sup>653</sup>, constituídas por um período de oito anos, contados a partir de 1 de janeiro de 2016. As contribuições iniciais para os mecanismos nacionais de financiamento compõem o Fundo Único de Resolução, numa primeira fase, sendo que, ao longo do período de oito anos, prevê-se atingir a agregação de todos os mecanismos nacionais. A agregação dos “*compartimentos nacionais*”, prevista no Acordo Intergovernamental relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução<sup>654</sup>, realizar-se-á com a absorção, durante o primeiro e segundo ano, de 40% e 60% do montante disponível nos mecanismos nacionais de financiamento, sendo que, nos seis anos subsequentes, a “*disponibilidade de meios financeiros nos compartimentos correspondentes às Partes Contratantes em causa é reduzida anualmente de 6 2/3 pontos percentuais*”<sup>655</sup>. De acordo com o projetado, antecipa-se que o Fundo Único de Resolução, no final do período anteriormente mencionado, atinja uma dotação de 55 mil milhões de euros<sup>656</sup>.

Na sua configuração, o MUR é um sistema complementar e subsequente ao MUS. Considerando que a falência das instituições bancárias é o culminar de um processo de sucessiva, e até constante, deterioração, o MUR visa permitir que as autoridades de resolução possam atuar não apenas no estágio final de uma crise bancária, mas antes intervir antecipadamente em coordenação com as entidades

---

<sup>653</sup> A este montante é subtraído os montantes dos depósitos cobertos em relação ao seu passivo agregado. Cf. Artigo 103.º, n.º 2 da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

<sup>654</sup> Cf. Acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução, do Conselho da União Europeia, de 14 de maio de 2014, 8457/14, Bruxelas, disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+8457+2014+INIT&l=pt>

<sup>655</sup> Cf. Considerando B) do Acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução, do Conselho da União Europeia, de 14 de maio de 2014, 8457/14, Bruxelas.

<sup>656</sup> O Fundo Único de Resolução deverá atingir cerca de 1% do montante total dos depósitos cobertos das instituições bancárias dos Estados-membros da União Bancária.

responsáveis pela supervisão prudencial<sup>657</sup>. Por tal motivo, a abordagem do MUR, consagrada na Diretiva 2014/59/UE, centra-se não apenas no estágio final, onde determinada instituição bancária está em falência e, por isso, insolvente, mas concentra-se igualmente na sua fase preventiva, logrando uma atuação atempada que permita assegurar uma resolução ordenada<sup>658</sup>. Por esse motivo, o MUR distingue três fases de intervenção, prevendo, em cada uma delas, um conjunto específico de instrumentos, que permita às instituições de crédito e às autoridades de resolução atuarem face à uma possível falência. São estas: a preparação e prevenção, artigos 4.º a 26.º da Diretiva; a intervenção precoce, artigos 27.º a 30.º da Diretiva; e a resolução, artigos 31.º a 92.º da Diretiva.

#### **5.1.2.1. 1.ª Fase – Preparação e Prevenção**

A fase de preparação e prevenção estabelece um conjunto de normas que objetivam impedir ou reduzir a probabilidade de insolvência de uma instituição bancária. Este conjunto de normas é especialmente dirigido às autoridades de supervisão, visando o fortalecimento da supervisão prudencial, de forma a permitir a deteção de riscos do setor bancário<sup>659</sup>.

Este fortalecimento da supervisão prudencial corporiza-se nos moldes anteriormente observados no âmbito do MUS – aplicação dos instrumentos prudenciais, realização de avaliações de desempenho, e imposição de sanções –, e ainda na análise dos planos de recuperação, que permitam às instituições de crédito tomar medidas no sentido de restabelecer a sua situação financeira, após sofrerem deterioração significativa<sup>660</sup>.

Os planos de recuperação são elaborados anualmente por cada instituição bancária e contêm uma série de medidas destinadas a serem adotadas em caso de deterioração da sua situação económica, prevendo nomeadamente a sua

---

<sup>657</sup> Neste sentido, vide BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.54.

<sup>658</sup> *Idem*.

<sup>659</sup> Cf. *Op. Cit.*, p.55.

<sup>660</sup> Vide Artigo 5.º n.º 1 da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

capitalização, liquidez e rentabilidade<sup>661</sup>. Os planos de recuperação poderão igualmente incluir acordos de apoio financeiro intragrupo, permitindo às instituições bancárias aceder a um mecanismo de intervenção mais eficaz e célere. Este mecanismo adquire maior relevância no contexto dos grupos transfronteiriços, atendendo à definição presente no artigo 1.º da Diretiva relativa à “*entidade do grupo*”, que possibilita a consideração, como um todo, de um conjunto de várias entidades bancárias<sup>662</sup>. Não obstante, a celebração deste tipo de acordos, bem como dos planos de recuperação em geral, está sujeita à aprovação das entidades de supervisão e dos acionistas de cada grupo<sup>663</sup>.

---

<sup>661</sup> Em conformidade com o estabelecido na Diretiva, estes planos devem incluir uma síntese dos principais elementos do plano e uma síntese da capacidade de recuperação global; síntese das alterações significativas ocorridas na instituição desde a apresentação do último plano de recuperação; um plano de comunicação e divulgação que descreva a forma como a empresa tenciona gerir eventuais reações negativas do mercado; um conjunto de medidas relativas ao capital e à liquidez necessárias para assegurar ou restabelecer a viabilidade e a situação financeira da instituição; uma estimativa do calendário para a execução de cada aspeto significativo do plano; uma descrição pormenorizada de qualquer impedimento significativo à execução atempada e eficaz do plano, incluindo a consideração do impacto sobre o resto do grupo, clientes e contrapartes; a identificação das funções críticas; uma descrição pormenorizada dos processos para a determinação do valor e da viabilidade comercial das linhas de negócio críticas, operações, e ativos da instituição; uma descrição pormenorizada da forma como o planeamento da recuperação é integrado na estrutura de governação da instituição, bem como as políticas e procedimentos que regulamentam a aprovação do plano de recuperação e a identificação das pessoas responsáveis pela preparação e execução do plano; os mecanismos e as medidas de conservação ou restabelecimento os fundos próprios da instituição; os mecanismos e as medidas para garantir que a instituição tem acesso adequado a fontes de financiamento de contingência, nomeadamente potenciais fontes de liquidez; uma avaliação das garantias disponíveis e uma avaliação da possibilidade de transferência de liquidez entre entidades e linhas de negócio do grupo, de modo a assegurar que possam continuar a realizar as suas operações e a cumprir as suas obrigações na data de vencimento; os mecanismos e as medidas para reduzir o risco e a alavancagem à reestruturação passivos, linhas de negócio; para manter um acesso continuado às infraestruturas dos mercados financeiros, o funcionamento continuado dos processos operacionais da instituição, incluindo infraestruturas e serviços informáticos; os mecanismos preparatórios de facilitação a alienação de ativos ou de linhas de negócio, num prazo adequado ao restabelecimento da solidez financeira; outras medidas ou estratégias de gestão para restabelecer a solidez financeira e efeito financeiro previsto dessas medidas ou estratégias; as medidas preparatórias que a instituição adotou ou prevê adotar para facilitar a execução do plano de recuperação, nomeadamente as necessárias para permitir uma recapitalização atempada da instituição; e, por fim, um quadro de indicadores que identifique os aspetos em relação aos quais poderão ser tomadas as medidas adequadas a que se refere o plano. Cf. Anexo A da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

<sup>662</sup> Segundo Boccuzzi, o conceito supera a tradicional consideração individual das entidades bancárias, possibilitando a gestão eficaz das resoluções bancárias e evitando que novos riscos surjam aquando da declaração de insolvência de uma das várias entidades que compõem a instituições bancárias em causa. Vide BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.57.

<sup>663</sup> Cf. Artigos 20.º e 21.º da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

Com os planos de recuperação não se confundem os planos de resolução, elaborados pelas autoridades de resolução, em cooperação com as autoridades de supervisão. Nos termos do artigo 10.º, n.º 1 da Diretiva 2015/59/UE, “*os planos de resolução devem prever as medidas de resolução que a autoridade pode adotar quando a instituição preencher as condições para desencadear a resolução*”. Prevemos que, desta forma, as instituições bancárias, quando confrontadas com a sua insolvência, possam desencadear um processo faseado de resolução ou de liquidação, sem que tal cause um impacto desproporcional na economia dos Estados<sup>664</sup>.

No que respeita aos grupos bancários, o plano de resolução deve igualmente abranger todas as filiais e sucursais de uma instituição bancária principal – a “empresa-mãe”. Assim, o plano de resolução de um grupo deve incluir “*medidas de resolução a adotar relativamente às entidades do grupo, tanto através de medidas de resolução a aplicar à empresa-mãe e às instituições filiais, como através de medidas de resolução coordenadas a aplicar às instituições filiais*”; deve igualmente identificar “*medidas quanto à separação jurídica e económica de funções ou linhas de negócio específicas, necessárias para facilitar a resolução do grupo*”; “*identificar de que modo as medidas de resolução poderão ser financiadas*”; e “*estabelecer princípios para a partilha de responsabilidades por esse financiamento entre as fontes de financiamento em diferentes Estados-Membros*”<sup>665</sup>.

De modo geral, a fase de preparação e prevenção pretende dotar as instituições de crédito de um catálogo de ações e medidas a implementar quando estas sejam confrontadas perante o risco de se tornarem insolventes. Esta primeira fase insere-se numa lógica construtiva do MUR, onde as entidades de resolução e supervisão podem efetivamente garantir pela “saúde” do setor bancário, minorando o impacto na económica dos Estados-membros.

---

<sup>664</sup> Em igual sentido, vide BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.60.

<sup>665</sup> Cf. Artigo 12.º, n.º 3 da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

### **5.1.2.2. 2.ª Fase – Intervenção Precoce**

A segunda fase estabelecida, e permitida, pelo MUR baseia-se numa intervenção precoce das autoridades de supervisão, através da qual se possibilita o exercício de um conjunto de ações aptas a restaurar as condições de uma determinada instituição bancária e a prevenir a sua deterioração, obviando à sua resolução<sup>666</sup>.

Nesse sentido, a Diretiva 2014/59/UE reforça o quadro de competências das autoridades competentes – autoridades de supervisão, entre as quais figura o BCE –, permitindo-lhes definir e acionar diversos mecanismos de intervenção, bem como recorrer a procedimentos céleres para realizar aumentos de capital em situações de urgência. Nos termos do artigo 27.º, n.º 1 da Diretiva 2014/59/UE, as autoridades competentes podem exigir ao órgão de administração da instituição bancária que este:

- i) Aplique um ou mais mecanismos ou medidas estabelecidas no plano de recuperação;
- ii) Analise a situação e o risco da instituição, e identifique um conjunto de medidas que permitam ultrapassar a situação, delimitando um programa de ação calendarizado;
- iii) Convoque uma assembleia geral de acionistas e fixe determinadas matérias na agenda, com vista a que determinadas decisões sejam analisadas e adotadas pelos acionistas;
- iv) Proceda à demissão de um ou mais órgãos da administração;
- v) Elabore um plano para a negociação e reestruturação da dívida com alguns dos credores da instituição bancária;
- vi) Altere a estratégia de gestão da instituição de crédito;
- vii) Altere a estrutura jurídica ou operacional da instituição;
- viii) Adquira, e transmita à entidade de resolução, toda a informação necessária para atualizar o plano de resolução e preparar a resolução da instituição.

---

<sup>666</sup> Em igual sentido, *vide* BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.65.

Para cada uma destas medidas as autoridades de supervisão estabelecem prazos adequados à sua execução e posterior avaliação<sup>667</sup>.

Ainda na fase de intervenção precoce, as autoridades competentes podem, perante a deterioração significativa da situação financeira de uma instituição de crédito, e após esgotadas as medidas precedentes, estabelecidas no artigo 27.º da Diretiva 2014/59/UE, impor a destituição de todos ou de alguns dos membros da direção de topo ou do órgão de administração da instituição, segundo o artigo 28.º da Diretiva 2014/59/EU.

Caso a solução precedente demonstre ser insuficiente para solucionar a situação da instituição bancária, as autoridades competentes podem nomear *“um administrador temporário para substituir temporariamente o órgão de administração da instituição ou para trabalhar temporariamente com o órgão de administração da instituição, e a autoridade competente especifica a sua decisão no momento da nomeação”* – artigo 29.º, n.º 1 da Diretiva 2014/59/UE. Encetada esta solução, as autoridades competentes devem especificar a duração do seu mandato, as suas funções e poderes, e a ainda estabelecer a exigência, direcionada ao órgão de administração, que este *“consulte ou obtenha a aprovação do administrador temporário antes de tomar decisões ou medidas específicas”*, de acordo com o artigo 29.º, n.º 1. O mandato de um administrador temporário é de um ano, ainda que em situações excecionais possa ser renovado.

A fase de intervenção precoce representa, nestes termos, uma intensidade crescente no âmbito de intervenção nas instituições financeiras. Como vimos, a opção pelos mecanismos permitidos pelo artigo 27.º, 28.º e 29.º da Diretiva 2014/59/UE impõe uma sucessão obrigatória. Este escalonamento, que termina com a nomeação de um administrador temporário para a instituição bancária, representa uma transposição do controle sobre a mesma, que transita dos órgãos

---

<sup>667</sup> No âmbito das medidas passíveis de serem implementadas pelas autoridades de supervisão, Boccuzzi refere que, perante uma situação de deterioração financeira de uma instituição bancária, o aumento de capital é um recurso comumente utilizado. A tese da atribuição de poderes *ex ante* à administração para proceder a um aumento de capital é uma solução possível, ainda que lese os interesses e direitos dos acionistas. Por tal razão, o aumento de capital é uma solução que está sujeita à decisão da estrutura acionista, reunida assembleia geral. *Vide* BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.67 – 68.

de administração para as autoridades competentes para o BCE. Quanto a este último aspeto, é razoável concluir que a solução consagrada no artigo 29.º da Diretiva permite um controlo praticamente absoluto, no que respeita à administração da instituição, dado que a maioria das ações e dos atos executados pelo administrador temporário estão sujeitas ao controlo e à aprovação das autoridades de supervisão.

Não obstante, tendo presente o tema do nosso estudo, o n.º 8 do artigo 29.º da Diretiva contém uma importante disposição, referindo que “**a nomeação de um administrador temporário não deve prejudicar os direitos dos acionistas nos termos do direito das sociedades nacional ou da União**” [destacado nosso]. A posição dos acionistas exime-se aos “*Hard Triggers*” e aos “*Soft Triggers*” atribuídos às autoridades competentes, revelando especial cuidado quanto às decisões fundamentais das instituições, a maior parte das quais advêm dos acionistas quando reunidos em assembleia geral<sup>668</sup>.

#### **5.1.2.3. 3.ª Fase - Resolução**

Nos termos da definição providenciada pela Diretiva 2014/59/UE, o conceito de “*resolução*” é aplicado num sentido bastante específico, reportando-se a um conjunto de instrumentos e de mecanismos que visam reestruturar as instituições bancárias insolventes<sup>669</sup>. Na fase de resolução, estes instrumentos e mecanismos concedem às autoridades competentes, sobretudo o Conselho Único de Resolução, poderes e competências para alterar o esquema organizacional, operacional, e de gestão das instituições bancárias, tendo em vista os objetivos da resolução na Diretiva, *supra* referida.

---

<sup>668</sup> Os “*Hard Triggers*” e “*Soft Triggers*” referem-se aos poderes pré-definidos e discricionários, respetivamente, que as autoridades competentes possuem para intervirem face a uma situação de falência ou quase-falência bancária. Neste sentido, *vide* BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.65

<sup>669</sup> O artigo 2.º n.º 1, alínea 1.ª), define a resolução como a “*a aplicação de um instrumento de resolução ou de um instrumento referido no artigo 37.º n.º 9, a fim de atingir um ou mais dos objetivos de resolução referidos no artigo 31.º n.º 2*”.



Em consideração do disposto no artigo 31.º da presente Diretiva, as autoridades de resolução devem optar, na aplicação dos instrumentos e no exercício dos poderes de resolução, pelos instrumentos com maior aptidão para, em cada circunstância, assegurar a continuidade das funções críticas das instituições bancárias; evitar a produção de efeitos negativos significativos na estabilidade financeira, prevenindo o contágio, e mantendo a disciplina do mercado; proteger as finanças públicas, colocando limites ao recurso a apoios financeiros públicos extraordinários; proteger os depositantes abrangidos pela Diretiva 2014/49/UE e os investidores abrangidos pela Diretiva 97/9/CE; e proteger os fundos e ativos dos clientes<sup>670</sup>.

Além da adequação dos instrumentos e mecanismos de resolução aos objetivos identificados, as autoridades de resolução regem-se por um conjunto de princípios gerais, que devem pautar igualmente o desencadeamento do processo de resolução de uma instituição bancária.

Neste sentido, as autoridades de resolução devem aplicar medidas que garantam que os acionistas são os primeiros a suportar as perdas, seguidos pelos credores, em conformidade com a ordem de prioridade dos créditos, no quadro dos processos normais de insolvência; que incluam a substituição dos membros do órgão de administração e da direção de topo da instituição bancária objeto de resolução; que permitam aferir pela responsabilidade e influência das pessoas singulares e coletivas na situação da instituição bancária, de acordo com o direito civil e penal do Estado-membro; que garantam a igualdade de tratamento entre credores da mesma categoria; que asseverem que nenhum credor venha a suportar perdas mais elevados do que aquelas que suportaria se a instituição bancária tivesse sido liquidada no decorrer de um processo normal de liquidação; que protejam os depósitos cobertos; e que observem as salvaguardas incluídas na presente Diretiva.

---

<sup>670</sup> Quanto à hierarquia dos objetivos descritos no artigo 31.º da Diretiva, seguimos a opinião de Boccuzzi, que conclui que, na ausência de menção expressa, estes objetivos estão posicionados ao mesmo nível, gozando de igual dignidade. Cf. BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, pp. 71 – 72.

A aplicação concreta das medidas de resolução está dependente da realização de uma avaliação justa, prudente e realista dos ativos e dos passivos da instituição bancária em causa – artigo 36.º, n.º 1 da Diretiva. No seguimento da disposição normativa, esta avaliação deve, salvo motivo excecional, realizar-se “*por uma pessoa independente tanto de qualquer autoridade pública, incluindo a autoridade de resolução, como da instituição*”.

Através da avaliação dos ativos e passivos das instituições bancárias, procura determinar-se pelo preenchimento das condições necessárias para desencadear o procedimento de resolução e pela adequação das medidas ou instrumentos de resolução adequados à concreta situação financeira das instituições. De acordo com o n.º 8, do artigo 36.º da Diretiva, da avaliação deve resultar uma subdivisão dos credores de acordo com o seu nível de prioridade – estabelecida à luz da legislação de insolvência aplicável –, e uma estimativa do tratamento das acionistas e dos credores, caso, ao invés da resolução, a instituição fosse liquidada de acordo com o regime da insolvência. Esta avaliação é particularmente relevante, dado que os mecanismos do MUR obrigam à aplicação do princípio de que “*nenhum credor saia prejudicado*”<sup>671</sup>.

Realizada a avaliação, o processo de resolução é desencadeado pelas autoridades de resolução sempre que estas consideram que estão verificados, cumulativamente, os seguintes critérios: *i)* a instituição bancária encontra-se em situação ou em risco de insolvência<sup>672</sup>; *ii)* em consideração dos prazos e de outras circunstâncias relevantes, não existe uma perspetiva razoável que uma ação alternativa do setor privado, ou uma ação de supervisão – incluindo medidas de intervenção precoce, de redução, ou de conversão de instrumentos de capital relevantes –, impediriam a situação de insolvência da instituição num prazo

---

<sup>671</sup> Este princípio, ínsito no artigo 74.º da Diretiva, impõe que, no processo de resolução, nenhum credor ou acionista fique numa posição mais desfavorável do que aquela que decorreria da normal aplicação dos processos de insolvência.

<sup>672</sup> Nos termos do artigo 32.º, n.º 4 da Diretiva, considera-se que a instituição está em falência, ou em risco de falência, quando esta deixou de cumprir os requisitos necessários para a continuidade da sua atividade; quando os seus ativos sejam inferiores aos seus passivos; quando a instituição é incapaz de pagar as suas dívidas ou outras obrigações na data de vencimento; ou ainda quando é requerido um apoio financeiro público extraordinário.

razoável; e quando a aplicação das medidas de resolução são necessárias para a defesa do interesse público<sup>673</sup>.

Quanto à primeira condição, compete às autoridades de supervisão, nos termos do artigo 32.º, n.º 2 da Diretiva, verificar, a nível técnico, a situação ou de risco de insolvência das instituições bancárias, transmitindo posteriormente, à autoridade de resolução, todas as informações relevantes para que seja realizada a avaliação nos termos anteriormente expostos relativamente ao artigo 36.º da Diretiva.

A segunda condição relaciona-se com a ausência de alternativas que, em função do prazo e de outras circunstâncias de relevo, levem a supor, razoavelmente, que a situação de insolvência das instituições bancárias poderia ser evitada. Nesta consideração, consideram-se tanto as alternativas provindas do setor privado, tais como as medidas tomadas por um sistema de proteção institucional; como aquelas provindas das ações de supervisão, tais como as medidas de intervenção precoce, anteriormente analisadas.

Por último, a terceira condição permite desencadear o processo de resolução de uma instituição bancária, quando tal seja necessário para a defesa do interesse público. Nos termos do n.º 5 do artigo 32.º da Diretiva, uma medida de resolução visa defender o interesse público, quando esta seja necessária e proporcionada para atingir um ou mais objetivos da resolução anteriormente analisados; verificando-se os mesmos não seriam aptos a ser alcançados no quadro dos processos normais de insolvência.

Preenchidas estas condições, as autoridades de resolução decidem sobre o desencadeamento da resolução das instituições bancárias. Nesta fase, a 3.ª fase do MUR, a autoridade de resolução é investida de poderes e competência que importam a ingerência – em grande medida – nas instituições bancárias. Os artigos 63.º e 64.º da Diretiva reportam-se, respetivamente, aos poderes gerais e

---

<sup>673</sup> Boccuzzi observa que a Diretiva que institui o MUR optou por um sistema misto de “*Hard triggers*” e “*Soft triggers*”, pois ainda que formule um conjunto de três condições necessárias para o desencadeamento da resolução – tal como os ditos “*Hard Triggers*” –, a apreciação concreta do preenchimento dessas condições compete à consideração da autoridade de resolução, à semelhança dos “*Soft triggers*”. Cf. BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, pp. 72 -73.

complementares da autoridade de resolução. Entre os poderes gerais de maior relevo incluem-se os poderes de exigir, a qualquer pessoa, as informações necessárias para a preparação e adoção de medidas de resolução, abrangendo aqui, a possibilidade de exigir que as informações sejam prestadas através de inspeção no local; os *“poderes de controlo de uma instituição objeto de resolução e exercer todos os direitos e poderes conferidos aos acionistas e aos órgãos de administração”*; os *“poderes para transferir ações e outros instrumentos de propriedade emitidos por uma instituição objeto de resolução”*; os *“poderes para transferir para outra entidade, com o consentimento dessa entidade, direitos, ativos e passivos de uma instituição objeto de resolução”*; os *“poderes para reduzir, incluindo até zero, o montante nominal de ações ou outros instrumentos de propriedade de uma instituição objeto de resolução e de extinguir essas ações ou outros instrumentos de propriedade”*; e ainda os *“poderes para afastar ou substituir os membros do órgão de administração e da direção de topo de uma instituição objeto de resolução”*<sup>674</sup>.

Quanto aos poderes completos prescritos no artigo 64.º da Diretiva, as autoridades de resolução dispõem de poderes para garantir que qualquer *“transferência produza efeitos sem qualquer responsabilidade ou ónus sobre os instrumentos financeiros, direitos, ativos ou passivos transferidos”*; para *“suprimir os direitos a adquirir novas ações ou outros instrumentos da propriedade”*; para *“exigir que a autoridade relevante ponha termo ou suspenda a admissão à negociação num mercado regulamentado ou a cotação oficial de instrumentos financeiros”*; e para *“afastar a aplicação ou alterar os termos de um contrato no qual a instituição objeto de resolução seja parte ou substituir um destinatário na qualidade de parte”*.

Com base na investidura desta panóplia de poderes, a Diretiva 2014/59/UE coloca, à disposição das autoridades de resolução, um conjunto de instrumentos e mecanismos de resolução, tendo por finalidade a reestruturação das instituições bancárias que se encontram em situação ou em risco de insolvência. Na Diretiva, as instituições europeias optaram por estabelecer um conjunto mínimo de

---

<sup>674</sup> Quanto ao exercício concreto dos poderes gerais, a Diretiva não prevê a sua forma, pelo que, frisa Boccuzzi, duas são as soluções possíveis: por um lado, a autoridade de resolução pode atuar no controlo direto da instituição bancária; por outro, a autoridade de resolução pode atuar por meio de ordens executivas dirigidas à administração da instituição bancária em causa. Cf. BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p. 76.

instrumentos e mecanismos de resolução, abrindo a possibilidade dos Estados-membros empregarem, a nível interno, outros meios considerados adequados aos objetivos *supra* analisados<sup>675</sup>.

Do conjunto de instrumentos de resolução estabelecidos pela Diretiva, fazem parte a alienação de atividade – artigos 38.º e 39.º; a criação de uma instituição de transição – artigos 40.º e 41.º; a segregação de ativos – artigo 42.º; e a recapitalização interna – artigos 43.º a 58.º. Estes instrumentos, não obstante de se poderem aplicar simultaneamente, diferem não apenas quanto ao seu conteúdo, mas também quanto à sua finalidade, porquanto a alienação da atividade, a criação de uma instituição de transição, e a segregação de ativos pretendem minimizar os impactos negativos de uma instituição legal em insolvência, enquanto que a recapitalização interna pretende preservar a instituição bancária e a continuidade da sua atividade.

Em grosso modo, a aplicação do instrumento de alienação da atividade consiste na transmissão para uma instituição bancária, que não seja uma instituição de transição, as ações ou instrumentos de propriedade emitidos por uma instituição objeto de resolução e a totalidade, ou parte, dos ativos, direitos, ou passivos dessa instituição. A aplicação deste instrumento não necessita da aprovação dos acionistas ou de quaisquer outras partes que não o adquirente. Contudo, a autoridade de resolução deve procurar garantir que a alienação da atividade da instituição procede em condições comerciais, ou concorrenciais, visando o benefício dos titulares das ações, ou dos instrumentos de propriedade, e a instituições objeto de resolução<sup>676</sup>.

O instrumento de criação de uma instituição de transição é a solução comumente conectada com a ideia de criação de um “*Banco Bom*” e um “*Banco Mau*”. Através da implementação deste instrumento, visa-se assegurar a manutenção das funções críticas da instituição objeto de resolução, transferindo para uma instituição de transição, as ações e/ou outros instrumentos de propriedade emitidos pela instituição em falência; e ainda a totalidade, ou parte,

---

<sup>675</sup> Cf. *Op. Cit.*, p.78.

<sup>676</sup> Cf. Artigo 38.º, n.º 2, n.º 3 e n.º 4, e artigo 39.º n.º 2 da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

dos seus ativos, direitos e passivos. De forma idêntica ao anterior instrumento, também a transferência de ações, ativos, direitos e passivos da instituição em resolução dispensa a aprovação dos acionistas ou qualquer outra parte além da instituição de transição. Quanto às suas características essenciais, as instituições de transição são controladas, total ou parcialmente, pelas autoridades públicas – podendo incluir-se aqui a autoridade de resolução –, e visam receber e deter as ações emitidas pela instituição bancária objeto de resolução, bem como, parte ou a totalidade, dos seus ativos, direitos e passivos, mantendo o acesso às funções críticas. Em *ultima ratio*, pretende-se, com a aplicação deste instrumento, alcançar três objetivos distintos: *i)* manter as funções críticas da instituição bancária objeto de resolução; *ii)* maximizar o valor da alienação da instituição bancária em causa; *iii)* aplicar uma estratégia resolutiva para a instituição.

O instrumento de segregação de ativos, permite à autoridade de resolução proceder à transferência de ativos, direitos, e passivos de uma instituição bancária objeto de resolução, para um ou mais veículos de gestão de ativos. Por outras palavras, este instrumento permite a separação dos ativos de boa qualidade dos ativos deteriorados de uma instituição bancária, transferindo-os posteriormente para instituição bancárias distintas. O instrumento de segregação de ativos conecta-se igualmente com a ideia da existência de um “*Banco Bom*” e “*Banco Mau*” embora, em rigor, seja um instrumento de antecede tipicamente à solução preconizada pelo instrumento de criação de uma instituição de transição. A aplicação de um instrumento de segregação de ativos dá azo à criação de um veículo de gestão de ativos, ao qual compete, nos termos do artigo 42.º, n.º 3, gerir os ativos recebidos, em vista da maximização do seu valor, seja através de uma eventual alienação, seja através da liquidação ordenada. Quanto à instituição bancária objeto de resolução, esta é gerida e controlada, total ou parcialmente, por entidades públicas, aqui incluindo-se a autoridade de resolução. Todavia a aplicação deste instrumento somente é permitida quando, dos processos normais de insolvência, poderia resultar um efeito adverso para os mercados financeiros; e quando a transferência desses ativos se releve necessária para assegurar o funcionamento da instituição bancária objeto de resolução e para maximizar as refeitas da liquidação – artigo 42.º, n.º 5, alíneas a), b), e c) da Diretiva.

Por último, o instrumento da recapitalização interna – “*Bail-In*” – permite à autoridade de resolução exercer os seus poderes de redução e de conversão em relação aos passivos de uma instituição bancária objeto de resolução – artigo 2.º, alínea 57) da Diretiva. O objetivo do “*Bail-In*” centra-se na recapitalização de uma instituição bancária, por ordem a restabelecer a sua capacidade de cumprir as condições de autorização de desenvolvimento da atividade bancária e permitir a sua continuidade em funções, reforçando a confiança dos mercados na instituição em causa.

A operacionalização deste instrumento procede através da redução do valor contabilístico de dívidas não garantidas – “*write-down*” – ou da conversão de títulos de dívida em capital próprio. A autoridade de resolução somente pode encetar a aplicação deste instrumento caso exista uma expectativa razoável relativamente ao restabelecimento da solidez financeira e da viabilidade a longo prazo da instituição em causa<sup>677</sup>. Não obstante, este instrumento pode ser aplicado em conjunto com aqueles outros anteriormente analisados.

Este instrumento permite que as perdas de uma instituição financeira sejam suportadas, em primeiro lugar, pelos acionistas e, subsidiariamente, pelos credores não garantidos. Porém, nem todos os passivos estão abrangidos por este instrumento. Resulta da Diretiva que se exclui do “*Bail-in*” os depósitos cobertos; os passivos garantidos: obrigações cobertas e passivos que façam parte integrante da garantia global; os passivos decorrentes da detenção, pela instituição bancária, de ativos ou de dinheiro pertencente aos clientes; passivos decorrentes de uma relação fiduciária entre a instituição bancária e outro beneficiário; passivos perante trabalhadores, credores comerciais – derivado de fornecimento de bens e serviços –, autoridades fiscais e de segurança social, e dos sistemas de garantias de depósitos.

Sempre que a autoridade de resolução aplique o instrumento de recapitalização interna de uma instituição bancária, o órgão de administração ou

---

<sup>677</sup> Conforme frisa Boccuzzi, “*The bail-in is based on the consideration that the losses of creditors constitute an inevitable consequence of the failure of a bank or any other commercial firm, (...), in practice, replicates the effects of insolvency, but brings forward the impact on creditors outside formal insolvency proceedings.*”. Cf. BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p. 81.

as pessoas nomeadas pela autoridade, elaboram, no prazo de um mês, um plano de reorganização do negócio – artigo 52.º da Diretiva. Este plano define medidas destinadas a repor a viabilidade a longo prazo da instituição. Nele devem ser incluídos os seguintes elementos: um diagnóstico pormenorizado dos fatores que influenciaram e originaram a situação de falência; um catálogo de medidas que visem repor a viabilidade a longo prazo da instituição; e um calendário de execução dessas medidas. O plano de reorganização do negócio está sujeito à aprovação da autoridade de resolução, nos termos do artigo 52.º, n.º 7 da Diretiva.

O artigo 48.º da Diretiva impõe que a aplicação do “*Bail-In*” observe uma sequência exata. Assim, em primeiro lugar, as autoridades de resolução procedem à resolução dos elementos dos fundos próprios principais de nível 1, constantes do Regulamento (UE) n.º 575/2013<sup>678</sup>. Se a redução destes fundos for interior à soma dos montantes dos elementos dos instrumentos de fundos próprios principais de nível 1, que devem ser reduzidos ou convertidos em instrumentos de capital, e do montante agregado determinado, as autoridades de resolução procedem à redução do montante de capital dos instrumentos de fundos próprios adicionais de nível 1, concretamente identificados nos termos do artigo 51.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013. Se, das soluções anteriores, não haja sido alcançado o montante necessário à recapitalização, as autoridades de resolução reduzem ainda o montante de capital dos instrumentos de fundos próprios de nível 2, identificados no artigo 62.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013, na medida do necessário e até ao limite da sua capacidade. No caso de insuficiência e esgotamento das anteriores soluções, as autoridades de resolução procedem à redução do montante de capital correspondente à dívida subordinada, que não seja parte integrante dos fundos próprios adicionais de nível 1 ou fundos próprios de nível 2 anteriormente mencionados. Em último recurso, e perante a necessidade de atingir o valor estipulado para a recapitalização, as autoridades de resolução podem ainda reduzir os restantes passivos elegíveis, contando que o façam de acordo com a hierarquia dos créditos nos processos normais de insolvência.

---

<sup>678</sup> Cf. Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de junho de 2013, *relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012*, Jornal Oficial da União Europeia L176, 27 de junho de 2013



Além dos instrumentos referidos, a Diretiva prevê ainda o recurso a instrumentos públicos de estabilização financeira. Estes instrumentos têm natureza excecional<sup>679</sup>, justificando-se na necessidade de evitar a liquidação da instituição bancária e na prossecução dos objetivos estabelecidos para a resolução, à luz do artigo 31.º, n.º 2 da Diretiva. As medidas empreendidas neste domínio são adotadas pelo ministério competente ou pelo governo, em cooperação com a autoridade de resolução.

A operacionalização destes instrumentos pode realizar-se através do apoio público ao capital próprio ou através da colocação da instituição bancária sob propriedade pública temporária, contando que, anteriormente à aplicação destes instrumentos, se verifiquem as seguintes condições: todos os outros foram aplicados e se revelaram insuficientes; existe um interesse público premente, que justifique o recurso a estes instrumentos; e que nenhum outro instrumento é suficiente para proteger o interesse público – artigo 56.º, n.º 4 da Diretiva. Quanto à operacionalização concreta dos instrumentos de estabilização financeira, estes podem assumir diferentes formas, sendo as mais comuns: a garantia prestada pelo Estado quanto às facilidades de liquidez, a garantia estatual de aquisição de novos passivos emitidos pela instituição bancária, ou ainda através de uma injeção de capital ou aquisição de instrumentos de capital<sup>680</sup>.

#### **5.1.2.4. Mecanismos de Financiamento**

Em vista da aplicação dos instrumentos de resolução e do recurso à recapitalização, a Diretiva 2014/59/UE implementou o sistema europeu de mecanismos de financiamento, suportado por todo o sistema bancário. Este sistema obriga à criação, a nível interno, de mecanismos nacionais de financiamento, os quais devem dispor de meios de financiamento adequado, que

---

<sup>679</sup> No artigo 56.º n.º 3 da Diretiva é referido que: “*Os instrumentos públicos de estabilização financeira são utilizados em último recurso, após terem sido examinados e explorados tanto quanto possível os outros instrumentos de resolução, mantendo simultaneamente a estabilidade financeira, (...)*”.

<sup>680</sup> Em igual sentido, vide Cf. BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p. 95.

possam permitir a aplicação dos instrumentos de resolução, obviando ao efeito contágio da falência de uma ou mais instituições bancárias – artigo 99.º e 100.º da Diretiva. Estes mecanismos de financiamento destinam-se a ser utilizados unicamente pelas autoridades de resolução, na medida do necessário, para assegurar a aplicação eficaz dos instrumentos de resolução.

Em concreto, a aplicação destes instrumentos socorre-se dos mecanismos de financiamento e tem em vista garantir os ativos ou passivos da instituição bancária objeto de resolução; conceder empréstimos à instituição; adquirir novos ativos da instituição; fazer contribuições para a instituição de transição ou para um veículo de gestão de ativos; pagar uma indemnização aos acionistas; efetuar uma contribuição financeira; ou ainda, conceder empréstimos a outros mecanismos de financiamento<sup>681</sup>.

Quanto à sua composição, o sistema europeu de mecanismos de financiamento é composto pelos mecanismos nacionais de financiamento, pela concessão e contração de empréstimos entres estes mecanismos, e pela mutualização dos mecanismos nacionais de financiamento, em caso de resolução de um grupo bancário. Os mecanismos nacionais de financiamento visam alcançar, até 2024, pelo menos 1% do valor dos depósitos cobertos de todas as instituições bancárias autorizadas a exercer atividade no território nacional.

O seu financiamento é garantido através de quatro tipos de contribuições: contribuições *ex ante*, contribuições extraordinárias, meios alternativos de financiamento, e concessão e contração de empréstimos entre mecanismos de funcionamento.

Quanto às contribuições *ex ante* –, previstas no artigo 103.º, n.º 2 da Diretiva dispõe no seguinte sentido: “A contribuição de cada instituição é proporcional ao montante do seu passivo (excluindo os fundos próprios) menos os depósitos cobertos, em relação ao passivo agregado (excluindo os fundos próprios) menos os depósitos cobertos de todas as instituições autorizadas no território do Estado-Membro”. Nos termos do artigo 103.º, n.º 3, as contribuições *ex ante* podem

---

<sup>681</sup>Cf. Artigo 101.º n.º 1 da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

incluir compromissos irrevogáveis de pagamento – integralmente cobertos por garantias de ativos com baixo nível de risco, não expostos a direitos de terceiros de livre cessão, e reservados para utilização exclusiva pelas autoridades de resolução – até ao limite de 30% do cômputo das contribuições.

Quando as contribuições *ex ante* sejam insuficientes para cobrir as perdas e custos decorrentes da aplicação dos mecanismos de financiamento, os Estados-membros podem recorrer à cobrança de contribuições extraordinárias *ex post* junto das instituições bancárias que exercem atividade no seu território. Estas contribuições não podem exceder o triplo do montante anual das contribuições *ex ante* definidas para a instituição bancária. Contudo, a contribuição extraordinária *ex post* pode ser, total ou parcialmente, suspensa, quando a autoridade de resolução considerar que o pagamento da contribuição compromete a liquidez ou solvabilidade da instituição.

Caso as contribuições *ex ante* ou *ex post* não sejam suficientes para acautelar perdas e custos da utilização dos mecanismos nacionais, os Estados podem contrair empréstimos ou qualquer outra forma de apoio junto de instituições bancárias. Na eventualidade dos montantes das contribuições *ex ante* não assegurem as despesas decorrentes da aplicação dos mecanismos de financiamento, nem as contribuições extraordinárias *ex post* ou os meios alternativos de financiamento estejam imediatamente acessíveis, os mecanismos de financiamento nacionais podem efetuar um pedido de contração de empréstimos junto a outros mecanismos de financiamento da União Europeia. Esta é uma alternativa que se fundamenta na urgência do financiamento e, como tal, poderá exigir o consentimento do Ministério competente ou do Governo do Estado-membro onde se situa o mecanismo de financiamento que pretende contrair empréstimo. Não obstante, compete ao próprio mecanismo de financiamento nacional negociar com os demais as condições dos empréstimos solicitados.

Um outro mecanismo de financiamento colocado, à disposição das autoridades de resolução, assenta nos sistemas de garantias de depósitos no contexto da resolução, regulado do artigo 109.º e seguintes da Diretiva. Neste contexto, são consagrados importantes balizamentos aos montantes despendidos

na aplicação dos instrumentos de resolução. Neste sentido, desde que a implementação dos instrumentos de resolução assegure a continuação de acesso aos depósitos, o sistema de garantia de depósitos é responsável: *i)* no caso da recapitalização interna, pelo montante da redução que os depósitos cobertos teriam sofrido ao absorver as perdas da instituição bancária, se fossem incluídos na aplicação deste instrumento e tivessem sofrido uma redução equivalente à medida aplicada aos credores, num processo normal de insolvência; e *ii)* no caso dos demais instrumentos, o sistema de garantias de depósitos assegura o montante das perdas que os depositantes cobertos teriam sofrido se tivessem perdas equivalentes às perdas dos credores, num processo normal de insolvência<sup>682</sup>. Em qualquer dos casos, a responsabilidade do sistema de garantia de depósitos não pode exceder o montante das perdas que teria de suportar, caso a instituição bancária fosse liquidada através de um processo normal de insolvência – artigo 109.º, n.º 1 da Diretiva.

#### **5.1.2.5. Fundo Único de Resolução**

Em conformidade com o que referimos anteriormente, o MUR é composto pelas autoridades de resolução – em concreto, pelo Conselho Único de Resolução e pelas autoridades de resolução nacionais – e pelo Fundo Único de Resolução. O Fundo Único de Resolução é uma solução que incide somente sobre os Estados-membros da Zona Euro ou sobre os Estados-membros participantes no MUS e do MUR. Subjacente à sua criação, está a necessidade de reforçar o sistema europeu de resolução bancária, através da implementação de um Fundo centralizado e supraestadual.

O Fundo Único de Resolução, instituído pelo artigo 67.º Regulamento (UE) n.º 806/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, visa substituir, progressivamente, os mecanismos nacionais de financiamento. A gestão e propriedade do Fundo Único de Resolução cabem ao Conselho Único de Resolução, que somente pode recorrer ao Fundo para assegurar a eficiente aplicação dos

---

<sup>682</sup> Cf. alíneas *a)* e *b)* do artigo 109.º n.º 1, respetivamente.

instrumentos de resolução e para exercer os poderes e competências que lhe são atribuídas.

Com efeito, à semelhança do que examinamos no ponto anterior, quanto aos mecanismos de financiamento, o artigo 78.º, n.º 1 do Regulamento (UE) n.º 806/2014, impõe que o Conselho Único de Resolução, ao recorrer ao Fundo, deve fazê-lo na medida do necessário e de forma a garantir a aplicação eficaz dos instrumentos de resolução, pretendendo: *i)* garantir os ativos ou passivos da instituição bancária objeto de resolução – alínea *a)*; *ii)* conceder empréstimos – alínea *b)*; *iii)* comprar ativos – alínea *c)*; *iv)* proceder a contribuições para uma instituição de transição ou um veículo de gestão de ativos – alínea *d)*; *v)* atribuir um montante compensatório aos acionistas ou aos credores que sofram um prejuízo maior do que o que teriam sofrido num processo normal de insolvência – alínea *e)*; e *vi)* efetuar uma contribuição financeira à instituição bancária objeto de resolução, ao invés de proceder à redução do crédito ou da conversão de passivos de determinados credores. Em todo o caso, o Fundo não pode ser utilizado para absorver as perdas ou recapitalizar a instituição bancária objeto de resolução.

Note-se que a implementação de um Fundo Único de Resolução objetivou a criação de uma solidariedade de facto entre os atores do sector bancário, permitindo às autoridades de resolução aplicar os mecanismos de resolução de forma eficiente, minorando, desta forma, as limitações decorrentes do financiamento dos mecanismos nacionais de resolução.

Assim, a contribuição de todas as instituições bancárias, que exerçam atividade no seio da União Europeia, participam na construção de um Fundo, que permitirá, com maior propriedade, implementar eficazmente os instrumentos de resolução. De acordo com os artigos 69.º e seguintes do Regulamento *supra* mencionado, as contribuições de cada instituição bancária replicam o modelo instituído pela Diretiva 2014/59/UE, ou seja, o financiamento do Fundo realiza-se através de contribuições *ex ante*; de contribuições extraordinárias *ex post*; da contração voluntária de empréstimos entre mecanismos de financiamento da resolução; da contração de empréstimos ou de outras formas de apoio para o Fundo, junto das instituições bancárias; e da contração de mecanismos de financiamento público.

Relativamente à forma e aos requisitos de cada forma de contribuição, valem, sem demais particularismos, as considerações tecidas quanto aos mecanismos de financiamento nacionais. Em suma, as contribuições *ex ante* são fixadas, anualmente, tendo por base o risco da instituição bancária e o montante passivo, excluindo os fundos próprios e os depósitos cobertos, em relação ao passivo total, valendo a mesma exclusão quanto aos fundos e depósitos. As contribuições extraordinárias *ex post* baseiam-se igualmente nos critérios fixados para as contribuições *ex ante*, aplicando-se somente em caso da necessidade de pôr cobro às perdas, custos, e despesas decorrentes da utilização do Fundo para as a aplicação dos instrumentos de resolução, sendo que estas contribuições não podem exceder o triplo do montante anual das contribuições *ex ante* fixadas para cada instituição bancária. Quanto aos meios alternativos de financiamento, o presente Regulamento autoriza o Conselho Único de Resolução a contrair, junto das instituições bancárias que ofereçam melhor condições de financiamento, empréstimos, ou outras formas de apoio, contando que os mesmos sejam totalmente reembolsados durante o período de vencimento. Por fim, sempre que necessário e perante a insuficiência das contribuições *ex ante* e *ex post*, o Conselho Único de Resolução pode recorrer a mecanismos de financiamento públicos, a fim de satisfazer as obrigações do Fundo Único de Resolução.

Maiores particulares encerra o Acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução<sup>683</sup>, através do qual se fixou um período de oito anos, período transitório, para se proceder à transferência das contribuições cobradas a nível nacional pelos mecanismos de financiamento nacionais para o Fundo Único de Resolução.

Por conseguinte, a calendarização das transferências opera, nos termos dos artigos 5.º e 6.º daquele Acordo, da seguinte forma: no primeiro ano – ano de 2016 – 40% do montante disponível nos compartimentos nacionais é transferido para o Fundo Único de Resolução; no segundo ano, cerca de 60% do montante disponível nos compartimentos nacionais é transferido para o Fundo; e, nos anos seguintes do período transitório, o montante da transferência é aumentado em cerca de 6,67%.

---

<sup>683</sup> Cf. Acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução, do Conselho da União Europeia, de 14 de maio de 2014, 8457/14, Bruxelas.

O nível-alvo estabelecido para o financiamento do Fundo Único de Resolução corresponde a, pelo menos, 1% do montante dos depósitos cobertos de todas as instituições bancárias autorizadas de todos os Estados-Membros participantes, prevendo-se que, em 2024, este valor atinga os 55 mil milhões de Euros.

Durante o período de transição, em face da necessidade de recorrer ao Fundo, o Conselho Único de Resolução dispõe dos compartimentos nacionais da seguinte forma: *i)* os custos da resolução são suportados pelos compartimentos nacionais em que a instituição bancária está autorizada a exercer a sua atividade, sendo que, quando se trate de grupos bancários transfronteiriços, os custos decorrentes da resolução são distribuídos entre os compartimentos nacionais<sup>684</sup>; *ii)* se os meios financeiros disponíveis forem insuficientes, recorre-se a todos os compartimentos nacionais que integram o Fundo<sup>685</sup>; *iii)* se os meios disponíveis continuarem a ser insuficientes, é autorizado o recurso a quaisquer meios financeiros remanescentes dos compartimentos nacionais; *iv)* face à necessidade de colocar cobro aos custos e despesas das medidas de resolução, e perante a insuficiência os meios anteriores, as Partes Contratantes do Acordo transferem para o Fundo as contribuições extraordinárias *ex post* a serem cobradas às instituições bancárias nos termos anteriormente analisados; *v)* no caso da insuficiência de todas as medidas anteriores, o Conselho Único de Resolução pode recorrer à contração de empréstimos ou outras formas de apoio para o Fundo.

---

<sup>684</sup> Durante o período transitório, o Conselho Único de Resolução recorre aos compartimentos nacionais do seguinte modo: durante o primeiro ano, são colocados à sua disposição todos os meios financeiros disponíveis nos compartimentos nacionais; no segundo e terceiro ano, os meios financeiros disponíveis corresponderão a 60% e 40% dos compartimentos nacionais, respetivamente; e, nos restantes anos, os meios financeiros colocados à disposição serão reduzidos, anualmente, em 6,67%.

<sup>685</sup> Durante o período transitório, o Conselho Único de Resolução recorre aos compartimentos nacionais do seguinte modo: durante o primeiro e segundo ano, recorre-se a 40% e a 60%, respetivamente, dos meios financeiros disponíveis nos compartimentos; durante os anos subsequentes, os meios financeiros colocados à disposição serão aumentados, anualmente, em 6,67%.

### 5.1.3. Sistema Comum de Garantia de Depósitos – Mecanismo Único de Garantia de Depósitos

O Mecanismo Único de Garantia de Depósitos – doravante, designado de “MUGD” – conforma o 3.º Pilar da União Bancária, a par dos anteriores mecanismos. Instituído pela Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, o MUGD compõe-se pelos Sistemas de Garantias de Depósitos – doravante, designados de “SGDs” –, os quais são estabelecidos ao nível dos Estados-membros<sup>686</sup>. Estes SGDs, ao concederem efetiva proteção aos depósitos, constituem um elemento fundamental na realização do mercado interno, sendo igualmente um elemento indispensável para o sistema de supervisão das instituições de crédito, em virtude da solidariedade criada em torno de uma mesma praça financeira, caso uma das suas instituições bancárias entre em insolvência<sup>687</sup>.

Além da proteção dos depósitos, o MUGD, à semelhança dos demais mecanismos, visa alcançar uma harmonização jurídica, permitindo gerar maior solidez no mercado interno, evitando a “corrida os bancos” e a “fuga dos depósitos”, com o conseqüente contágio e impacto económico negativo. Através das alterações introduzidas à anterior Diretiva 94/19/CE<sup>688</sup>, o MUGD ampliou os sistemas de garantias de depósitos, procedendo a uma cobertura alargada e clarificada, estabelecendo prazos de reembolso, progressivamente mais curtos, reforçando os sistemas de informação, e prevendo o implemento de sólidos requisitos de financiamento. Desta forma, pretende-se alcançar um outro objetivo, assente na confiança que os consumidores têm na estabilidade financeira do mercado interno<sup>689</sup>.

---

<sup>686</sup> Cf. Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, *relativa aos sistemas de garantia de depósitos*, Jornal Oficial da União Europeia L 173/149, de 12 de junho de 2014.

<sup>687</sup> Cf. Parágrafo 37.º do preâmbulo da Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, *relativa aos sistemas de garantia de depósitos*, Jornal Oficial da União Europeia L 173/149, de 12 de junho de 2014.

<sup>688</sup> Cf. Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 1994, *relativa aos sistemas de garantia de depósitos*, Jornal Oficial da União Europeia L 135, de 31 de maio de 1994.

<sup>689</sup> Cf. Parágrafo 7.º do preâmbulo da Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, *relativa aos sistemas de garantia de depósitos*, Jornal Oficial da União Europeia L 173/149, de 12 de junho de 2014.



A atual Diretiva impõe um nível de cobertura dos depósitos agregados fixado nos 100 mil euros. Esta proteção segue em linha com o nível de cobertura fixado anteriormente na Diretiva 94/19/CE. Contudo, contrariamente à antiga diretiva – que fazia depender o reembolso dos montantes depositados da apresentação de um recurso do depositante contra o sistema de garantia de depósitos –, a atual Diretiva dispensa este recurso, concedendo uma proteção automática<sup>690</sup>. Uma outra inovação introduzida pela atual Diretiva prende-se com o reembolso das contas inativas. Nos termos do artigo 8.º, n.º 5, alínea c) da Diretiva 2014/49/UE, o reembolso pode ser concedido aos depósitos que, independentemente do valor, não registem qualquer operação durante os últimos 24 meses. Todavia, esta regra não se aplicará quando o montante do depósito seja inferior aos custos administrativos a que as SGD's incorreriam a fim de efetuar o reembolso – artigo 8.º, n.º 9 da Diretiva 2014/49/UE.

Além dos casos especificados, o artigo 6.º da Diretiva 2014/49/UE inclui, enquanto depósitos garantidos pelos SDGs, os depósitos decorrentes de transações mobiliárias sobre propriedades residenciais privadas; depósitos com objetos sociais definidos no direito social, associados a determinados acontecimentos da vida do depositante – casamento, divórcio, aposentação, *etc.*; e depósitos baseados no pagamento de prestações de seguros ou de indemnização por atos de violência. A proteção relativa a este tipo de depósitos pode estender-se além dos 100 mil euros e é estabelecida por um período mínimo de três meses e um máximo de 12 meses, contabilizados a partir da data em que o montante tenha sido creditado ou da data em que os depósitos passem a ser legalmente transferíveis<sup>691</sup>.

---

<sup>690</sup> Efetivamente, pode ler-se nos termos do artigo 7.º, n.º 4 da Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 1994: “*Os Estados-membros devem assegurar que o direito a indemnização dos depositantes possa ser objecto de recurso do depositante contra o sistema de garantia de depósitos*”. Na atual Diretiva, pelo contrário, o artigo 8.º, n.º 6 garante que “*O montante reembolsável é disponibilizado sem necessidade de apresentar um pedido ao SGD. Para esse efeito, a instituição de crédito comunica as informações necessárias sobre os depósitos e os depositantes logo que tal lhe seja solicitado pelo SGD*”.

<sup>691</sup> Os depósitos incluídos pelo artigo 6.º, n.º 2 da Diretiva, denominados “*temporary high balances*”, levantam importantes questões relacionadas, sobretudo, com a determinação dos depósitos que, em concreto, observam tais condições, dado que não é exigido às instituições bancárias que indaguem pelos motivos que presidem aos balanços contabilísticos temporários acima dos 100 mil euros. Outro problema suscitado pelos “*temporary high balances*” reporta-se à determinação do montante reembolsável, nos termos do artigo 7.º, n.º 4 e n.º 5, da Diretiva que determina: “*Os débitos do depositante para com a instituição de crédito não são tomados em consideração no cálculo*”.

Por determinação dos Estados-membros, podem ainda incluir-se no rol de depósitos assegurados pelos SDGs, até ao limite de 100 mil euros, os depósitos detidos por regimes de pensões pessoais ou profissionais de pequenas ou médias empresas, bem como os depósitos de autoridades locais com um orçamento anual máximo de 500 000 euros<sup>692</sup>. Nos termos do artigo 5.º, n.º 4 da Diretiva 2014/49/UE, as instituições bancárias devem sinalizar os depósitos elegíveis, de forma a permitir a sua imediata identificação.

Em consideração da harmonia jurídica almejada pelo MUGD, a Diretiva institui igualmente um rol de depósitos que se encontram excluídos dos SDGs. Assim, nos termos fixados pelo artigo 5.º, n.º 1 da Diretiva 2014/49/UE, encontram-se excluídos os depósitos efetuados por instituições bancárias em seu próprio nome e por sua própria conta; os fundos próprios; os depósitos decorrentes de operações em relação às quais foi proferida decisão de condenação penal por branqueamento de capitais; depósitos de instituições financeiras e de empresas de investimento; depósitos cujo titular não esteja identificado; depósitos de empresas de seguros e de resseguros; depósitos de organismos de investimento coletivo; depósitos dos fundos de pensões ou de reforma; depósitos de autoridades pública; ou títulos de dívida emitidos por uma instituição de crédito. No âmbito destas exclusões, a atual Diretiva suprimiu a referência aos depósitos detidos pelos administrados, dirigentes, e acionistas, que se encontrava na Diretiva 94/19/CE<sup>693</sup>.

O período de reembolso dos depósitos cobertos consta igualmente no conjunto de alterações da atual Diretiva. Como regra geral, fixada no disposto do seu artigo 8.º, n.º 1, os SDGs asseguram que o montante reembolsável, *i.e.*, dos

---

*do montante reembolsável*", exceto se os débitos se tenham vencido até à data em que os depósitos se tornaram indisponíveis, por decisão de uma autoridade administrativa ou judicial, e *"na medida em que a compensação seja possível de acordo com as disposições legais ou contratuais que regem o contrato entre a instituição de crédito e o depositante"*. Sobre estas questões, *vide* em maior detalhe, BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, pp. 135 – 139.

<sup>692</sup> Cf. Artigo 5.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b)* da Diretiva 2014/49/UE.

<sup>693</sup> Nos termos do Anexo I da Diretiva 94/19/CE, eram excluídos, dos depósitos elegíveis para cobertura, *"os depósitos dos administradores, dos dirigentes, dos sócios responsáveis a título pessoal, dos titulares de pelo menos 5 % do capital da instituição de crédito, das pessoas incumbidas da revisão legal das contas da instituição de crédito, e dos depositantes com estatuto semelhante noutras empresas do mesmo grupo"*, bem como os *"Depósitos de familiares próximos e de terceiros que actuem por conta dos depositantes"*.

depósitos cobertos, sejam disponibilizados no prazo de sete dias. Contudo, o prazo de reembolso dos montantes depositados é fixado como um objetivo a alcançar até à completa implementação do MUGD, em 2024. Durante o período de transição, com termo em 31 de dezembro de 2023, a Diretiva autoriza os Estados-membros a estabelecer uma redução progressiva relativamente ao encurtamento do prazo. Nestes termos, são estabelecidas as seguintes metas temporais: até ao dia 31 de dezembro de 2018, o prazo de reembolso deverá ser de 20 dias úteis; de 1 de janeiro de 2019 a 31 de dezembro de 2020, o prazo deverá ser encurtado para 15 dias úteis; e de 1 de janeiro de 2021 a 31 de dezembro de 2023, este prazo fixar-se-á em 10 dias úteis. Se até ao término do período de transição as instituições bancárias não possam disponibilizar o reembolso dos montantes dos depósitos cobertos, o n.º 4 do artigo 8.º da Diretiva assegura que os SGD's disponibilizam aos seus titulares “*um montante adequado dos seus depósitos cobertos para fazerem face ao custo de vida*”.

No entanto, a disposição em análise padece de uma definição rigorosa daquilo que se entende por “*custo de vida*”, deixando aos Estados-membros e aos SGD's uma ampla margem de apreciação. Por outro lado, a atribuição de um “*montante adequado*”, cindo dias após a apresentação do pedido, poderá potenciar um acréscimo nos custos e despesas dos SGD's, enquanto estes prepararam o reembolso do montante coberto<sup>694</sup>. A estas dificuldades, acresce uma outra, baseada na exposição da instituição bancária. Neste sentido, as dificuldades de proceder ao reembolso dos depósitos cobertos, ativando a via permitida pela disposição do n.º 4 do artigo 8.º, poderá gerar um impacto negativo na imagem da instituição bancária, acelerando o seu processo de falência, o que, por seu turno, poderá colocar em causa a própria eficácia das medidas de resolução que lhe devam ser aplicadas.

Ainda no plano das alterações introduzidas pela atual Diretiva 2014/49/UE englobam-se os mecanismos de financiamento dos SDGs. O artigo 10.º da Diretiva impõe, na sua letra, que os Estados-membros assegurem que as SDGs disponham

---

<sup>694</sup> Estes argumentos são avançados por Boccuzzi. Cf. BOCCUZZI, G. (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1<sup>st</sup> Edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.138.

de mecanismos adequados para prosseguirem as suas finalidades. Assim, a Diretiva implementa uma solução de financiamento assente em quatro mecanismos: contribuições *ex ante*; contribuições extraordinárias *ex post*; fontes de financiamento alternativas; e empréstimos entre SGDs.

Quanto ao primeiro mecanismo de financiamento, este é assente em contribuições *ex ante*, anualmente prestadas pelas instituições bancárias. Até término de período de transição, as contribuições *ex ante* devem alcançar o nível-alvo de 0,8% do montante dos depósitos cobertos. Na composição deste fundo, os compromissos de pagamento não podem exceder 30% do montante total, *i.e.*, do nível-alvo<sup>695</sup>. Contudo, os Estados-membros podem fixar um nível-alvo abaixo dos 0,8%, mas sempre acima dos 0,5%, sempre que seja apresentada justificação suficiente e seja obtida a autorização da Comissão.

Além destes requisitos, a fixação do nível-alvo inferior aos 0,8% dos depósitos cobertos está pendente da verificação de duas condições: em primeiro lugar, quando se verifique ser improvável que uma parte significativa dos meios financeiros disponíveis venha a ser utilizada para medidas de proteção; e segundo, quando o setor bancário em que as instituições bancárias que participam nos SGDs seja altamente concentrado, com uma quantidade substantiva de ativos a serem detidos por um pequeno número de instituições bancárias, sujeitas à supervisão direta do BCE que, devido à sua dimensão, possam ser objeto de resolução em caso de insolvência. Quando o nível-alvo for alcançado pela primeira vez e os recursos financeiros disponíveis forem reduzidos para menos de dois terços do nível-alvo, as contribuições das instituições bancárias deverão ser fixadas por forma a permitir que o nível-alvo seja atingido no prazo de seis anos<sup>696</sup>.

Outra forma de contribuição para a composição dos SGDs, aplicável quando as contribuições *ex ante* sejam insuficientes para reembolsar os depósitos

---

<sup>695</sup> Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, parágrafo 13.º, os compromissos de pagamento são definidos como os compromissos de pagamento da instituição de crédito, para com um SGD, plenamente garantidos, desde que a garantia consista em ativos de baixo risco e esteja livre de direitos de terceiros e à disposição do SGD. Cf. Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, *relativa aos sistemas de garantia de depósitos*, Jornal Oficial da União Europeia L 173/149, de 12 de junho de 2014.

<sup>696</sup> Cf. Artigo 10.º n.º 2 da Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, *relativa aos sistemas de garantia de depósitos*, Jornal Oficial da União Europeia L 173/149, de 12 de junho de 2014.

cobertos, assenta no pagamento de contribuições *ex post* anuais, que, em todo o caso, não deverão ser superiores a 0,5% dos seus depósitos cobertos. Todavia, o pagamento de contribuições extraordinárias *ex post* pode ser, parcial ou totalmente, suspensa, quando se verifique que a liquidez ou a solvabilidade da instituição bancária possam ser comprometidas. A suspensão do pagamento das contribuições extraordinárias *ex post* tem duração inferior a 6 meses, somente prorrogável a pedido da instituição bancária.

A terceira forma de financiamento dos SDGs assenta nas fontes de financiamento alternativas, permitidas pelo n.º 9 do artigo 10.º da presente Diretiva. O recurso a este meio de financiamento visa permitir que os SDGs obtenham financiamento a curto prazo para satisfazerem os direitos de crédito contra si próprios.

Por fim, a concessão de empréstimos entre SDGs enceta um outro meio de financiamento. Para que a concessão de empréstimos tenha lugar entre SDGs, o artigo 12.º, n.º 1 da Diretiva faz impender sobre este meio de financiamento, uma série de condições que, taxativamente, se devem cumular. Das condições mais importantes, destaca-se o limite dos empréstimos, que nos termos da alínea f) do artigo acima referido, não deve exceder 0.5% dos depósitos cobertos do SGD mutuário. Quanto às condições dos empréstimos, o n.º 2 do mesmo artigo sujeita-os a um prazo de 5 anos para o reembolso; ao reembolso fixado em prestações anuais coincidentes com o vencimento dos juros; a uma taxa de juro equivalente à taxa de juro da facilidade permanente de cedência e de liquidez do BCE, durante o prazo do empréstimo; e à prestação de informações à Entidade Bancária Europeia – doravante, designada de “EBA” –, relativamente à taxa de juro inicial e ao prazo de vigência dos empréstimos.

Relativamente ao método de cálculo das contribuições, o artigo 13.º, n.º 2 da Diretiva 2014/49/UE encarregou a EBA de fixar orientações, até 3 de junho de 2015, especificando igualmente os indicadores específicos, as classes de risco para

os membros, os limiares para os ponderadores de risco aplicáveis a classes de risco, e ainda outros elementos que se afigurem necessários<sup>697</sup>.

No concernente à utilização dos fundos dos SGD, os mesmos são destinados ao reembolso dos depósitos cobertos; ao financiamento da resolução das instituições bancárias de acordo com o artigo 109.º da Diretiva 2014/59/UE; à aplicação de medidas alternativas, tendo em vista a prevenção da insolvência das instituições bancárias nas condições previstas pelo n.º 3 do artigo 11.º da Diretiva; e ao financiamento das medidas de salvaguarda do acesso dos depositantes aos depósitos cobertos, incluindo as transferências de ativos e passivos e as transferências de carteiras de depósitos.

Observe-se que, nos termos do artigo 11.º da Diretiva, o recurso aos fundos dos SGD visa cumprir uma função primária, relativa à proteção dos depósitos cobertos, e uma função secundária, referente à aplicação de medidas de resolução. A função primária identifica-se com as disposições do n.º 1 e n.º 6 do artigo referido, em concreto, com a utilização dos fundos dos SGD para o reembolso dos depósitos e para a adoção de medidas de salvaguarda do acesso dos depositantes aos depósitos cobertos<sup>698</sup>. Por seu turno, a função secundária reporta-se ao uso dos fundos do SGD para o financiamento das medidas da resolução, tal como previsto no n.º 2 e n.º 3 do artigo 11.º da Diretiva 2014/49/UE.

Quanto a esta última função, são devidas as seguintes notas: nos termos do artigo 109.º, n.º 1 da Diretiva 2014/59/UE, quando sejam tomadas medidas de resolução, e desde que esteja assegurado o acesso dos depositantes aos seus depósitos, os SDGs são responsáveis, no caso da recapitalização interna, pelo montante da redução que os depósitos cobertos teriam sofrido para absorver as perdas da instituição bancária; e, no caso dos demais instrumentos de resolução, pelo montante das perdas que os depositantes cobertos teriam sofrido se tivessem tido perdas proporcionais às sofridas pelos credores com o mesmo nível de

---

<sup>697</sup> Sobre as orientações relativas ao método de cálculo para as prestações, cf. European Banking Authority (2015), *Guidelines on methods for calculating contributions to Deposit Guarantee Schemes*, EBA/GL/2015/10, May 28<sup>th</sup> of 2015.

<sup>698</sup> Note-se que apenas a disposição do n.º 1 do artigo 11.º encerra uma verdadeira norma obrigatório, já que nos termos do n.º 6, do mesmo artigo, as medidas de salvaguarda do acesso dos depositantes aos depósitos cobertos ficam a cargo da decisão e conveniência para os Estados-membros.

prioridade. Em todo o caso, é limitado o uso dos fundos dos SGD, até ao montante das perdas que o mesmo teria de suportar num processo normal de insolvência.

Por tudo isto, é possível concluir que o MUGD, enquanto 3.º Pilar do sistema instituído no seio da agora União Bancária, relaciona-se com os procedimentos de recuperação e resolução das instituições bancárias. Através da harmonização legislativa possibilitada pela Diretiva 2014/49/UE, visou-se alcançar a estabilidade financeira e promover a confiança no setor bancário. Tendo em conta estas finalidades, os SGD implementaram salvaguardas relativas aos depósitos, concedendo-lhes maior proteção.

## **5.2. A posição dos acionistas perante o Regime Europeu de Falências Bancárias**

Analizados os aspetos centrais dos mecanismos que conformam a atual União Bancária, podemos concluir que a sua lógica construtiva assenta numa gestão eficaz das crises bancárias, visando minimizar o impacto sobre os contribuintes europeus e sobre as economias nacionais. Reequacionados os moldes de intervenção no setor bancário – anteriormente baseados no auxílio estadual através da injeção de capitais públicos –, estes mecanismos encetaram uma nova dinâmica e tomaram um novo sentido, impondo sobre os acionistas e os credores, a absorção das perdas causadas pela resolução das instituições bancárias.

No preâmbulo da Diretiva 2014/59/UE – que institui o MUR – reconhece-se que “*A utilização dos instrumentos e dos poderes de resolução previstos pela diretiva pode **interferir nos direitos dos acionistas e dos credores***” [destacado nosso]<sup>699</sup>. Neste sentido, afigura-se oportuno determinar em que medida os direitos dos acionistas são afetados, aquando da aplicação dos instrumentos de resolução ou aquando do exercício dos poderes conferidos às instituições de resolução, tendo em especial consideração, a ingerência e afetação no direito de propriedade dos mesmos.

---

<sup>699</sup> Cf. parágrafo 13.º do Preâmbulo da Diretiva 2014/59/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

### 5.2.1. A posição dos acionistas resultante do exercício dos poderes de resolução das autoridades de resolução

Ainda que exerçam as suas funções em coordenação com as autoridades de supervisão, o âmbito de atuação das autoridades de resolução difere quanto à finalidade. Porquanto às autoridades de supervisão compete monitorizar e acompanhar a atividade das instituições bancárias, às autoridades de resolução compete atuar no momento em que se verifique que uma determinada instituição bancária em situação ou risco de falência. No seguimento daquilo que anteriormente expusemos, resulta que a aplicação dos instrumentos de resolução, concede às autoridades de resolução importantes prerrogativas no plano da intervenção das instituições bancárias objeto de resolução. Em determinados casos, o exercício dessas mesmas prerrogativas colide com os interesses e direitos dos acionistas. Conforme é referido no preâmbulo da Diretiva 2014/59/UE, “**o poder das autoridades para transferir as ações e a totalidade ou parte dos ativos de uma instituição para um adquirente privado sem o consentimento dos acionistas afeta os direitos de propriedade desses mesmos acionistas**” [destacado nosso]<sup>700</sup>.

A prossecução dos objetivos instituídos para a resolução das instituições bancárias em situação ou em risco da falência, exige que as autoridades de resolução possam, com efetividade, executar as tarefas de que estão incumbidas, e que possam desenvolver, com um amplo grau de atuação, as suas atribuições. Nesse sentido, os artigos 63.º e 64.º da Diretiva definem o escopo material dos poderes conferidos às autoridades de resolução, estabelecendo o rol dos poderes gerais e poderes complementares que, respetivamente, lhes assistem.

Num plano prévio, pode-se afirmar que os poderes gerais das autoridades de resolução, constantes do n.º 1 do artigo 63.º da Diretiva, influem em diferentes medidos com os interesses e direitos dos acionistas. Observe-se neste sentido, que os poderes de que dispõem as autoridades de resolução, autoriza a que estas, nos termos das alíneas b) a l), do artigo 63.º n.º 1 da Diretiva, possam assumir o controlo da instituição bancária objeto de resolução e exercer todos os direitos e poderes conferidos aos acionistas e aos órgãos de administração; transferir ações e

---

<sup>700</sup> Idem.



outros instrumentos de propriedade emitidos pela instituição bancária objeto de resolução; transferir para outra entidade, direitos, ativos e passivos de uma instituição bancária objeto de resolução; reduzir, incluindo até zero, o montante de capital ou o montante em dívida correspondente aos passivos elegíveis dessa mesma instituição; converter passivos elegíveis de uma instituição bancária objeto de resolução, em ações ordinárias ou outros instrumentos de propriedade; reduzir até zero, ou extinguir, o montante nominal de ações ou outros instrumentos de propriedade da instituição bancária objeto de resolução; exigir que a instituição bancária em causa, ou uma instituição-mãe, emita novas ações ou outros instrumentos de propriedade, nas quais se incluem as ações preferenciais e os instrumentos convertíveis contingentes; e, afastar ou substituir os membros do órgão de administração e da direção de topo da instituição bancária objeto de resolução. Estes poderes gerais relacionam-se, em grosso modo, com o conteúdo e tipologia de cada instrumento de resolução previsto na Diretiva. Consoante a medida de resolução que seja aplicada pelas autoridades de resolução, e atendendo à sua intensidade, o direito de propriedade dos acionistas pode vir a ser parcial ou totalmente afetado.

Quanto ao modo de exercício destes poderes, o disposto do n.º 2 do artigo 63.º da Diretiva, incumbe os Estados-membros de adotarem medidas que possam assegurar que, no âmbito da aplicação dos instrumentos de resolução, as autoridades de resolução sejam dispensadas de obter a aprovação ou o consentimento dos acionistas, e de cumprir os requisitos procedimentais estabelecidos pela legislação relativa às sociedades comerciais e aos valores mobiliários. Quanto ao meio através do qual as autoridades de resolução exercem as suas atribuições, o artigo 72.º da Diretiva contém importantes disposições, sobretudo no que diz respeito à posição dos acionistas. Segundo o n.º 1 deste artigo, os Estados-membros devem garantir que as autoridades de resolução possam exercer o seu poder de controlo sobre a instituição bancária objeto de resolução, por forma a que, consoante os casos concretos e os objetivos da resolução, possam desenvolver a atividade da instituição com todos os poderes dos acionistas e dos órgãos de administração, ou, em alternativa, possam administrar e alienar os ativos e o património da instituição.

Nestes moldes, o exercício das atribuições das autoridades de resolução afeta desde logo, os direitos que derivam da posição dos acionistas. É certo que a sujeição das deliberações da autoridade de resolução ao escrutínio e aprovação dos acionistas, poderia obviar à aplicação dos instrumentos de resolução, inviabilizando a resolução de uma determinada instituição. Por esse motivo, a Diretiva prevê a suspensão dos direitos de voto dos acionistas durante o período de resolução. Assim, se por um lado, a suspensão do direito de voto dos acionistas é favorável à aplicação dos instrumentos de resolução, possibilitando o livre exercício das atribuições concedidas às autoridades de resolução, por outro lado, observa-se que aos acionistas são colocadas restrições ao exercício dos seus direitos, esvaziando de sentido os poderes de decisão dos mesmos.

Relativamente aos poderes complementares, o artigo 64.º, n.º 1 da Diretiva obriga os Estados-membros a implementarem medidas que permitam às autoridades de resolução: *i)* proceder às transferências de direitos, ativos ou passivos sem que daí advenha qualquer tipo de responsabilidades ou ónus para as mesmas; *ii)* suprimir o direito a adquirir novas ações; *iii)* exigir à autoridade relevante – mormente às autoridades reguladoras dos mercados de valores mobiliários – a suspensão ou cessão da admissão à negociação de instrumentos financeiros; *iv)* exigir que a instituição bancária objeto de resolução preste esclarecimentos acerca das questões que lhe sejam dirigidas; *v)* e, aplicar ou alterar as disposições contratuais de que a instituição bancária seja parte.

Os poderes elencados permitem às autoridades de resolução atuar com maior eficácia na prossecução dos objetivos subjacentes à aplicação dos instrumentos de resolução. Porém, não podemos olvidar que os poderes complementares destas autoridades são manifestamente antagónicos em relação a certos direitos e interesses dos acionistas. A título de exemplo, observe-se que a supressão do direito a adquirir novas ações, implica na prática, a impossibilidade de os acionistas alienarem as suas ações num mercado regulamentado. Como tal, decorre desta impossibilidade, uma conflitualidade entre os poderes das autoridades de resolução e os interesses dos acionistas, relacionados, sobretudo, com a possibilidade de escoamento das suas ações com vista a minorar os possíveis prejuízos decorrentes aplicação de um instrumento de resolução.

### 5.2.2. A posição dos acionistas resultante da aplicação dos instrumentos de alienação da atividade

Em conformidade com a nossa análise anterior, a alienação da atividade é um instrumento de resolução que consiste na transferência onerosa de ações ou outros instrumentos da instituição bancária objeto de resolução, bem como, da totalidade ou parte, dos ativos, dos direitos ou dos passivos da instituição bancária objeto de resolução, para um adquirente.

Em termos gerais, a aplicação deste instrumento envolve a cessão da atividade da instituição bancária objeto de resolução, objetivando que esta venha a proceder a uma liquidação ordenada. Para que seja implementada esta solução, exige-se a verificação dos seguintes requisitos: *i)* o adquirente é obrigado a possuir a autorização necessária para exercer as atividades que venha a adquirir; *ii)* o adquirente não pode figurar enquanto instituição de transição; *iii)* a transferência das ações, dos instrumentos de propriedade, dos ativos, dos direitos e dos passivos, realiza-se em condições comerciais, tendo por fim, consoante os casos, beneficiar os titulares de ações e de outros instrumentos de propriedade, ou a instituição objeto de resolução<sup>701</sup>.

Ao procederem à alienação da atividade da instituição bancária em causa, as autoridades de resolução, nos termos do artigo 38.º, n.º 1 da Diretiva, encontram-se dispensadas de obter a aprovação dos acionistas, e de cumprirem os requisitos procedimentais ao abrigo do direito das sociedades ou da legislação relativa aos valores mobiliários<sup>702</sup>. Todavia, a alienação de atividade, enquanto instrumento de resolução, implica para os detentores das ações transferidas, a perda da qualidade de acionista e os direitos correlacionados, bem como do conjunto de ativos e passivos por si detidos relativamente à instituição bancária objeto de resolução. Nesse sentido, o artigo 38.º, n.º 9, alínea e) da Diretiva, certifica que a transferência das ações detidas pelos acionistas, para a entidade adquirente, importa igualmente, a transferência dos direitos de votos associados àquelas ações ou a outros instrumentos de propriedade, considerando que a transferência das ações

---

<sup>701</sup> Estas condições são extraídas da leitura conjunta dos n.ºs 1, 2, 3 e 7 do artigo 38.º da Diretiva 2014/59/UE.

<sup>702</sup> Cf. Artigo 38.º, n.º 1 da Diretiva 2014/59/UE.

produza efeitos a partir da receção da notificação de aprovação pelo adquirente e pela autoridade de resolução.

Os efeitos jurídicos resultantes da aplicação do instrumento de resolução em análise alinham-se com o princípio transversalmente presente na Diretiva, segundo o qual, os acionistas assumem, primeira linha, os prejuízos decorrentes do desequilíbrio financeiro das instituições bancárias objeto de resolução<sup>703</sup>.

Esta solução foi já implementada em relação a diversas instituições bancárias. No caso português, o Banco de Portugal, enquanto autoridade de resolução, aplicou o instrumento de alienação de atividade ao *“Banif – Banco Internacional do Funchal, S.A.”*. No seu Comunicado, relativo à venda do Banif, datado de 20 de dezembro de 2015, o Banco de Portugal, após sintetizar o enquadramento da instituição bancária no contexto bancário português, referiu que, por informação transmitida pelo Ministério da Finanças, verificou-se não ser *“(...) possível concretizar a venda de ativos e passivos do Banif no âmbito do processo de alienação voluntária (...) o que determinou que a alienação fosse feita no contexto de resolução”*<sup>704</sup>. Assim, e tendo em conta *“(...) as consequências de uma provável declaração de ilegalidade do auxílio de Estado ao Banif pela Comissão Europeia que criaria uma gravíssima insuficiência de capital; a posição das instâncias europeias no sentido de que a alienação do Banif, com auxílio de Estado, é apenas viável num cenário de resolução; o impacto da frustração das expectativas do processo de venda voluntária na situação de liquidez do Banif - que sofreu uma degradação muito acelerada nos últimos dias - e os consequentes riscos para a manutenção do seu fluxo normal de pagamentos e satisfação das suas responsabilidades para com os clientes”*, o Banco de Portugal, em conjunto com o Governo português, *“(...) decidiram vender a atividade do Banif ao Banco Santander Totta, por € 150 milhões, no quadro da aplicação de uma medida de resolução”*<sup>705</sup>. A alienação da atividade recaiu sobre a generalidade das atividades do *Banif*, com

---

<sup>703</sup> Este princípio encontra-se consagrado no ponto 5 do preâmbulo e no artigo 34.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 2014/59/UE.

<sup>704</sup> Cf. Banco de Portugal, Comunicado do Banco de Portugal sobre a venda do Banif - Banco Internacional do Funchal, S.A., 20 de dezembro de 2015. Disponível para consulta em: <https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-venda-do-banif-banco-internacional-do-funchal-sa>

<sup>705</sup> Idem.

exceção dos ativos problemáticos, que foram transferidos para um veículo de gestão de ativos.

Quanto à repercussão do instrumento de alienação de atividade na esfera dos acionistas, são merecidas duas considerações distintas.

Em primeiro lugar, observe-se que, não obstante das autoridades de resolução terem procedido à alienação da generalidade da atividade, a instituição bancária objeto de resolução – *Banif* – permaneceu com um conjunto limitado de ativos – que foram alvo de um processo normal de liquidação nos termos da lei nacional –, e de passivos, relativos a obrigações subordinadas e depósitos e outros fundos. Assim, quanto às ações emitidas pelo *Banif* que não hajam sido transferidas para a instituição bancária adquirente, mantiveram-se na titularidade dos respetivos detentores. Todavia, porque os ativos e passivos que permaneceram no *Banif* se destinaram a ser liquidados ao abrigo de um processo normal de liquidação, aos acionistas cujas ações não hajam sido transferidas para a instituição bancária adquirente, aplicaram-se as regras de liquidação estabelecida pela lei nacional. Relativamente aos acionistas da instituição objeto de resolução cujas ações foram transferidas verifica-se que, em respeito do n.º 13 do artigo 38.º da Diretiva, estes não possuem qualquer direito sobre os ativos, direitos ou passivos da instituição bancária adquirente.

Em segundo lugar, a aplicação do instrumento de alienação de atividade implica para os titulares das ações transferidas, a perda do conjunto de ativos e passivos que detinham, ou seja, após a transferência das suas ações, os acionistas são destituídos dessa qualidade.

Na experiência europeia figuram exemplos de instituições bancárias sobre as quais foram aplicados instrumentos de resolução com contornos semelhantes aos instrumentos de alienação de atividade. O caso *Laiki Bank* é, sob este aspeto, paradigmático, uma vez que a solução implementada à instituição bancária objeto de resolução, ocorreu ainda antes da Diretiva 2014/59/UE vir a ser adotada.

No vertente caso, por decisão do Banco Central do Chipre, após o acordo alcançado entre o Governo cipriota e o Eurogrupo, a 25 de março de 2013, as entidades públicas cipriotas aplicaram ao *Laiki Bank* uma medida de resolução idêntica ao instrumento de alienação de atividade. A medida concretamente

aplicada comportou a alienação de toda a atividade da instituição bancária para duas outras instituições, a saber, para o *Piraeus Bank*, na Grécia, e para o *Bank of Cyprus*, no Chipre<sup>706</sup>. Para o primeiro adquirente, foram transferidas todas as atividades das sucursais do *Laiki Bank* na Grécia. Para o segundo adquirente, foram transferidas todas restantes atividades do *Laiki Bank*. Em resultado da aplicação desta medida, todos os ativos e depósitos cobertos foram transferidos para o *Piraeus Bank* ou para o *Bank of Cyprus*, consoante os casos<sup>707</sup>.

Quanto à situação dos acionistas, extraem-se idênticas conclusões àquelas que se formularam a propósito da medida de resolução implementada no caso português, relativo ao *Banif*. Desta forma, os acionistas, cujas ações não hajam sido transferidas para uma das instituições bancárias adquirentes, ficaram sujeitos ao processo normal de insolvência nos termos da lei cipriota, uma vez que o *Laiki Bank* permaneceu em situação de insolvência, detendo os ativos problemáticos – comumente designados de “*ativos tóxicos*”<sup>708</sup>.

Por forma a concluir, podemos observar através dos exemplos aduzidos e da análise das disposições da Diretiva 2014/59/UE, que aplicação do instrumento da alienação de atividade, implica para os acionistas a perda da titularidade das suas ações, e por consequência, do conjunto de direitos e poderes resultante da sua participação na instituição bancária objeto de resolução. Quanto aos demais acionistas, *i.e.*, aqueles cujas ações não hajam sido transferidas para a instituição bancária adquirente, aplicar-se-lhes-á os procedimentos normais de insolvência de acordo com a lei nacional aplicável ao caso.

---

<sup>706</sup> Cf. Central Bank of Cyprus, Clarifications for the better understanding of the resolution measures implemented under the Resolution of Credit and Other Institutions Law, 2013 at the Bank of Cyprus and Laiki Bank, March 30<sup>th</sup> of 2013. Disponível para consulta em:

[http://www.centralbank.gov.cy/nqcontent.cfm?a\\_id=12631&lang=en](http://www.centralbank.gov.cy/nqcontent.cfm?a_id=12631&lang=en)

<sup>707</sup> Idem.

<sup>708</sup> Official Gazette of the Republic of Cyprus, 3rd Annex, Part I, Regulatory Administrative Acts Issue No 4645/ Friday, March 29<sup>th</sup> of 2013, p. 781. Disponível para consulta em: [http://www.centralbank.gov.cy/media//pdf/CyprusPopular\\_BankPublicCo\\_Ltd\\_EN\\_Decree.pdf](http://www.centralbank.gov.cy/media//pdf/CyprusPopular_BankPublicCo_Ltd_EN_Decree.pdf)

### 5.2.3. A posição dos acionistas resultante da aplicação dos instrumentos de criação de uma instituição de transição

Os instrumentos de criação de uma instituição de transição são comumente conhecidos pela solução assente na divisão de uma determinada instituição bancária num “*Banco Bom*” e num “*Banco Mau*”.

Esta solução aplica-se geralmente perante a impossibilidade de recorrer ao instrumento de alienação da atividade, dada a escassez de interessados na alienação da instituição bancária em resolução. Através da aplicação deste instrumento de resolução, as autoridades de resolução poderão transferir para uma instituição de transição – *bridge-bank* –, as ações ou outros instrumentos de propriedade, bem como a totalidade ou parte dos ativos, direitos e passivos instituição bancária objeto de resolução. Em grosso modo, a aplicação deste instrumento acautela a necessidade de se manterem operacionais as funções críticas da instituição objeto de resolução, transferindo-as assim, para a instituição de transição, a qual, por sua vez, terá como objetivo principal, proceder à alienação da atividade transferida<sup>709</sup>.

A Diretiva 2014/59/UE formula importantes requisitos quanto à criação das instituições de transição. De acordo com o artigo 40.º, n.º 2 da Diretiva, fixam-se os seguintes requisitos quanto às instituições de transição: estas devem deter personalidade jurídica; devem ser detidas, total ou parcialmente, por uma ou mais autoridades públicas, e controladas pela autoridade de resolução; sendo criadas com a finalidade de receber e deter a totalidade ou parte das ações ou de outros instrumentos da propriedade, emitidos pela instituição objeto de resolução, ou a totalidade ou parte dos seus ativos, direitos e passivos, por forma a manter o acesso a funções críticas e a alienar a instituição bancária em causa.

Em vista da continuidade da atividade desenvolvida pela instituição bancária objeto de resolução, a Diretiva 2014/59/UE, permite que a instituição de transição seja considerada sua sucessora, podendo assim, continuar a exercer os

---

<sup>709</sup> Em igual sentido, vide BOCCUZZI, G., (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1st edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.91.

direitos anteriormente exercidos pela anterior instituição, naquilo que respeite aos ativos, direitos ou aos passivos entretanto transferidos.

Quanto ao funcionamento da instituição de transição, o artigo 41.º da Diretiva encarrega a autoridade de resolução de aprovar o teor dos seus documentos constitutivos; de nomear os membros do órgão de administração; de aprovar a remuneração dos membros do órgão de administração; e de aprovar a estratégia e o perfil de risco. Ainda nos termos do presente artigo, os Estados-membros encontram-se incumbidos de adotarem medidas que assegurem que à instituição de transição seja concedida autorização para o exercício da atividade e dos serviços que por via da aplicação do instrumento de resolução esta venha a adquirir. No mesmo sentido, os Estados devem assegurar que a instituição de transição se encontra sujeita à supervisão prudencial; e que o seu funcionamento é conforme o enquadramento da União para os auxílios estatais.

Uma vez que a criação de uma instituição de transição contempla uma solução provisória, o n.º 2 do artigo 41.º da Diretiva, incumbe o órgão de administração da gestão da instituição de transição e da manutenção do acesso às funções críticas. Esta gestão deve realizar-se em moldes que permitam, às autoridades de resolução, alienar a instituição de transição ou os seus ativos, direitos ou passivos, contando que o faça de forma aberta e transparente, sem que favoreça ou discrimine os potenciais adquirentes. Sob pena de serem encerradas as atividades da instituição de transição, as autoridades de resolução dispõem de um prazo de dois anos para procederem à fusão da instituição de transição com outra entidade; à alienação da totalidade ou do essencial, dos ativos, direitos ou passivos da instituição de transição; ou à liquidação dos ativos da instituição e à exoneração dos seus passivos. Este prazo pode ser prolongado, em função da necessidade de assegurar a continuidade dos serviços bancários essenciais ou de favorecer uma das finalidades anteriormente descritas.

Quanto aos acionistas, a aplicação do instrumento de resolução ora em análise, gera, em termos práticos, a produção de efeitos semelhantes àqueles que analisámos a propósito da alienação de atividade. Em particular, a transferência das ações emitidas pela instituição bancária objeto de resolução para a instituição de transição motiva a destituição dos seus titulares da qualidade de acionistas, com



a consequente repercussão nos demais direitos que os mesmos possuam em relação à instituição em resolução. Em relação demais titulares das ações, isto é, quanto aos acionistas cujas ações não hajam sido objeto de transferência para uma instituição de transição, os mesmos ficam sujeitos aos processos normais de insolvência que correm termos na lei nacional de cada Estado-membro. Independentemente de a transferência de ações para a instituição de transição ter lugar, a aplicação deste instrumento de resolução conflitua com o direito de voto e de participação nas deliberações dos acionistas, considerando que, nos termos do último parágrafo do artigo 40.º, n.º 1 da Diretiva, a autoridade de resolução está dispensada de obter a aprovação dos acionistas para exercer os seus poderes, em particular, os seus poderes de relativos à realização da transferência de ações, instrumentos de propriedade, ativos, direitos ou passivos para a instituição de transição.

Da experiência europeia, e em particular da portuguesa, é possível extrair exemplos da aplicação do instrumento de criação de uma instituição de transição em relação às instituições bancárias em situação ou risco de insolvência. O caso do *Banco Espírito Santo, S.A.*, é, com efeito, um exemplo passível de ser analisado.

A aplicação do instrumento de criação de uma instituição de transição, foi deliberada pelo Conselho de Administração do Banco de Portugal, a 3 de agosto de 2015, na sequência da qual foi constituído o “*Novo Banco, S.A.*”. Para esta instituição de transição, foram transferidos os ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos que se encontravam sob gestão do *Banco Espírito Santo*<sup>710</sup>. A aplicação do instrumento de resolução, ancorada em razões relativas à “*salvaguarda da solidez financeira do Banco Espírito Santo*”, aos “*interesse dos seus depositantes*”, e à “*manutenção da estabilidade do sistema financeiro português*”, eximiu-se á obtenção da aprovação dos acionistas<sup>711</sup>.

Nos termos expostos pelo Conselho de Administração do Banco de Portugal, a “*falta de soluções imediatas viáveis de alienação da atividade do Banco Espírito*

---

<sup>710</sup> Cf. Banco de Portugal, Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 3 de agosto de 2014. Disponível para consulta em: [http://www.bes.pt/Deliberacoes\\_BdP/Anexo3\\_Deliberacao\\_3ago2014\\_medida\\_resolucao.pdf](http://www.bes.pt/Deliberacoes_BdP/Anexo3_Deliberacao_3ago2014_medida_resolucao.pdf)

<sup>711</sup> Cf. Banco de Portugal, Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 3 de agosto de 2014, p. 1.

*Santo, SA, a outra instituição de crédito autorizada*” e a necessidade de assegurar a “continuidade da prestação dos seus serviços financeiros”, por forma a “isolar, em definitivo, o novo banco dos riscos criados pela exposição do Banco Espírito Santo” motivaram a criação de uma instituição de transição, para o qual foi transferida a atividade do *Banco Espírito Santo*, e ainda, os ativos e passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos que se encontravam sob a sua gestão<sup>712</sup>. Em conformidade com o artigo 40.º, n.º 2 da Diretiva 2014/59/UE – que obriga a que a instituição de transição seja detida, total ou parcialmente, por uma autoridade pública –, a deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, instituiu o Fundo de Resolução, enquanto mecanismo de financiamento de resolução, como detentor único do capital social do *Novo Banco*, encarregando-o da gestão e do controlo da instituição de transição, por forma a “permitir a entrada posterior de novos capitais e de reconstituir uma base acionista para este banco”<sup>713</sup>. A aplicação do instrumento do presente instrumento de resolução foi ainda acompanhada de uma prévia deliberação do Conselho Diretivo da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, o qual impôs a suspensão da negociação das ações do Banco Espírito Santo, S.A. por tempo incerto<sup>714</sup>.

Em função da aplicação do instrumento de resolução em análise e das medidas complementares entretanto adotadas, verifica-se que a posição dos acionistas é afetada, não apenas quanto aos direitos detidos em relação à instituição bancária objeto de resolução – tais como os direitos de voto e de participação nas deliberações –, mas sobretudo, quanto à sua titularidade sobre as ações por si adquiridas. Nestes termos, fazendo *jus* ao princípio estabelecido na presente Diretiva, segundo o qual os devem suportar prioritariamente os prejuízos da instituição bancária objeto de resolução, a autoridade de resolução – Banco de Portugal – procedeu à transferência para o *Novo Banco* das ações representativas do capital social do *Banco Espírito Santo Angola*; do *Espírito Santo Bank Miami*; do

---

<sup>712</sup> Cf. *Op. Cit.*, p.5.

<sup>713</sup> *Idem*.

<sup>714</sup> Nos termos da deliberação do Conselho Diretivo da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, a suspensão da negociação das ações manter-se-ia “até à divulgação de informação relevante sobre o emitente”. Cf. Mercado de Valores Mobiliários, CMVM Delibera a Suspensão da Negociação das Ações do BES, de 01 de agosto de 2014. Disponível para consulta em: <http://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20140914z.aspx?v=>

*Aman Bank Líbia; e do Banco Espírito Santo*<sup>715</sup>. No âmbito das transferências operadas, e no domínio das responsabilidades que transitaram do *Banco Espírito Santo* para o *Novo Banco*, encontram-se excluídas, por decisão do Banco de Portugal, os “*passivos para com acionistas, cuja participação seja igual ou superior a 2% do capital social ou por pessoas ou entidades que nos dois anos anteriores a transferência tenham tido participação igual ou superior a 2% do capital social do BES*”<sup>716</sup>. A suspensão da negociação das ações do *Banco Espírito Santo*, imposta pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, a 1 de agosto de 2014, coartou a possibilidade de os acionistas alienarem a ações por si detidas como forma de minorar os prejuízos que eventualmente viessem a sofrer.

Também no presente domínio valem as considerações que expusemos anteriormente, reiterando que, se por um lado, a suspensão da negociação das ações permite às autoridades de resolução aplicar um instrumento de resolução sem que haja uma queda abrupta do valor negocial das ações emitidas pela instituição bancária objeto de resolução e uma desvalorização desproporcional da sua atividade, por outro, é consabido que perante o risco de insolvência da instituição bancária ou perante um cenário de intervenção das autoridades de resolução, o mercado negocial imprime uma desvalorização no preço das ações, impondo sobre os acionistas um duplo prejuízo – primeiro, relativo à impossibilidade de dispor das ações de que é titular, e por essa forma, minorar os prejuízos económicos, segundo, relacionado com a normal aplicação dos instrumentos de resolução, que os destitui, por norma, dessa mesma qualidade.

Por tudo isto considerado, podemos concluir que a aplicação do instrumento de criação de uma instituição de transição coloca os acionistas na seguinte situação: *i)* quando haja lugar à transferência de ações, os acionistas perdem a titularidade das mesmas, e como tal, são destituídos da qualidade de acionista e dos respetivos direitos sobre a instituição bancária objeto de resolução; *ii)* quando em complemento da aplicação do instrumento de resolução seja suspensa a negociação das ações em mercados regulamentados, os acionistas ficam

---

<sup>715</sup> Cf. Anexo 2 à deliberação do Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 que determinou a transferência de ativos, passivos, elementos extrapatrimoniais e ativos sob gestão do Banco Espírito Santo, SA, para o Novo Banco, SA.

<sup>716</sup> Idem.

privados de dispor das ações de que são titulares; *iii*) quando as ações e passivos dos acionistas da instituição bancária objeto de resolução não sejam transferidas para a instituição de transição, estes ficam sujeitos aos processos normais de insolvência ou à aplicação de um outro instrumento de resolução.

À parte do exemplo português, existem uma série de outros exemplos nos quais é possível aferir a aplicação do presente instrumento de resolução. No caso italiano, as autoridades de resolução, aplicaram-no em relação a quatro entidades bancárias, a saber: a *Banca delle Marche S.p.A.*<sup>717</sup>, a *Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio S.C.*<sup>718</sup>, a *Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti S.p.A.*<sup>719</sup>, e a *Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A.*<sup>720</sup>. Todavia, a solução implementada pela autoridade de resolução italiana – *Banca d'Italia* – é, estruturalmente, mais complexa. Descrevendo-a em traços gerais, observa-se que a necessidade de uma intervenção urgente nas quatro instituições referidas impulsionou a *Banca d'Italia* a aplicar conjuntamente dois instrumentos de resolução. Num primeiro momento, e ao abrigo do instrumento de criação de uma instituição de transição, a *Banca d'Italia* criou quatro instituições para as quais transferiu, respetivamente, as ações e outros instrumentos de propriedade, os ativos de boa qualidade, direitos, e passivos cobertos por garantias, das instituições bancárias objeto de resolução<sup>721</sup>. Num segundo momento, aplicando o instrumento de segregação de ativos, a autoridade de resolução italianada criou um veículo de gestão – denominado *REV - Gestione Crediti S.p.A.*<sup>722</sup> –, no qual aglomerou todos os ativos de má qualidade –

---

<sup>717</sup> Cf. Banca d'Italia, Cessione dell'azienda bancaria all'ente ponte, 22 novembre 2015. Disponível para consulta em: [https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/banca-marche/banca\\_marche\\_22112015.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/banca-marche/banca_marche_22112015.pdf)

<sup>718</sup> Cf. Banca d'Italia, Cessione dell'azienda bancaria all'ente ponte, 22 novembre 2015. Disponível para consulta em: [https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/banca-pop-etruria-lazio/etruria\\_lazio\\_22112015.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/banca-pop-etruria-lazio/etruria_lazio_22112015.pdf)

<sup>719</sup> Cf. Banca d'Italia, Cessione dell'azienda bancaria all'ente ponte, 22 novembre 2015. Disponível para consulta em: [https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/carichieti/carichieti\\_22112015.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/carichieti/carichieti_22112015.pdf)

<sup>720</sup> Cf. Banca d'Italia, Cessione dell'azienda bancaria all'ente ponte, 22 novembre 2015. Disponível para consulta em: [https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/cassa-risp-ferrara/carife\\_22112015.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/cassa-risp-ferrara/carife_22112015.pdf)

<sup>721</sup> Através da aplicação do instrumento de criação de uma instituição de transição a Banca d'Italia, criou a Nuova Banca delle Marche, a Nuova Banca dell'Etruria e del Lazio S.p.A, a Nuova Cassa di Risparmio di Chieti, e a Nuova Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A.

<sup>722</sup> Cf. Banca d'Italia, Costituzione della Società veicolo "REV – Gestione Crediti S.p.A.", Approvazione dell'atto costitutivo, dello statuto, della nomina e delle remunerazioni degli organi di amministrazione e controllo, 15 dicembre 2015. Disponível para consulta em:

ativos tóxicos – e passivos não garantidos das instituições bancárias em resolução<sup>723</sup>.

Não obstante dos particulares contornos da solução italiana quanto às quatro instituições bancárias acima referidas, a análise referente aos efeitos que a aplicação do instrumento de criação de uma instituição de transição acarreta para os acionistas permanece imutável. Esta conclusão é manifesta, sobretudo em atenção do alcance das medidas de resolução aplicadas – a título de exemplo – à *Banca delle Marche* pela autoridade de resolução italiana. Nesse exemplo verifica-se que a *Banca d'Italia*, com referência à Diretiva 2014/59/UE e à lei italiana, decidiu pela “(...) *riduzione integrale delle riserve e del capitale rappresentato da azioni, anche non computate nel capitale regolamentare, nonché del valore nominale degli elementi di classe 2, computabili nei fondi propri (anche per la parte non computata nel capitale regolamentare), con conseguente estinzione dei relativi diritti amministrativi e patrimoniali*” [destacado nosso]<sup>724</sup>.

#### 5.2.4. A posição dos acionistas resultante da aplicação dos instrumentos de segregação de ativos

Os instrumentos de segregação de ativos consistem, na linha daquilo que já enunciamos, numa solução baseada divisão de ativos, direitos e passivos de uma instituição bancária objeto de resolução ou de uma instituição de transição, para um ou mais veículos de gestão de ativos. A estes veículos de gestão, compete gerir dos ativos para ele transferidos, tendo em vista a maximização do seu valor através de uma eventual alienação ou liquidação ordenada. Em rigor, o instrumento de segregação de ativos é um instrumento comumente utilizado como completo dos

---

[https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-general/societa-veicolo-rev/Costituzione\\_Soc\\_veicolo.pdf](https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-general/societa-veicolo-rev/Costituzione_Soc_veicolo.pdf)

<sup>723</sup> Cf. Banca d'Italia, Soluzione della crisi di quattro banche in amministrazione straordinaria, 22 novembre 2015. Disponível para consulta em:

<https://www.bancaditalia.it/media/notizia/soluzione-della-crisi-di-quattro-banche-in-amministrazione-straordinaria>

<sup>724</sup> Cf. Banca d'Italia, Provvedimento di svalutazione di azioni e subordinati, 22 novembre 2015. Disponível para consulta em:

[https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/banca-marche/banca\\_marche\\_svalutazione\\_22112015.pdf?language\\_id=1](https://www.bancaditalia.it/compiti/risoluzione-gestione-crisi/provvedimenti-crisi/2015/provv-rilevanti/banca-marche/banca_marche_svalutazione_22112015.pdf?language_id=1)

anteriores instrumentos de resolução analisados. Como vimos anteriormente, a autoridade de resolução italiana, aplicou-o enquanto complemento do instrumento de criação de uma instituição de transição.

Em termos simplificados poder-se-á afirmar que na maioria dos casos, as autoridades de resolução criam, através deste instrumento, um veículo de gestão para os quais são transmitidos os ativos problemáticos da instituição objeto de resolução, a fim de permitir que os ativos sejam ordenadamente liquidados. Por tal razão, o n.º 8 do artigo 42.º da Diretiva certifica que *“o veículo de gestão pode, após a aplicação do instrumento de criação de uma instituição de transição, adquirir ativos, direitos ou passivos da instituição de transição”*.

Não obstante, a Diretiva apenas autoriza as autoridades de resolução a procederem à transferência dos ativos, direitos e passivos, perante uma das seguintes situações: *i)* quando a situação verificada no mercado relativo aos ativos a transferir seja de natureza tal, que a liquidação desses mesmos ativos ao abrigo dos processos normais de insolvência, pudesse surtir um efeito adverso nos mercados financeiros; *ii)* quando a transferência de ativos se revele necessária para assegurar o funcionamento da instituição bancária objeto de resolução ou da instituição de trânsito, se for aplicado tal instrumento; *iii)* quando a transferência for necessária para maximizar as receitas da liquidação<sup>725</sup>. Somente depois de se encontrar verificada uma das condições precedentes, podem as autoridades proceder à transferência de ativos, direitos e passivos de uma instituição bancária em resolução ou de uma instituição de transição, aplicando em concreto o instrumento de segregação de ativos, e capacitando o veículo de gestão de ativos do exercício gestor que lhe compete.

Relativamente aos veículos de gestão de ativos, a Diretiva encerra importantes requisitos quanto à sua constituição. Neste sentido, os veículos de gestão de ativos devem, em primeiro lugar, ser criados com a finalidade de receber uma parte ou a totalidade dos ativos, direitos e passivos. Em segundo lugar, exige-se que os mesmos detenham personalidade jurídica. Por fim, é condição igualmente essencial que os veículos de gestão de ativos sejam detidos, total ou

---

<sup>725</sup> Cf. Artigo 42.º, n.º 5, alíneas *a)*, *b)*, e *c)* da Diretiva 2014/59/UE.

parcialmente, por uma ou mais autoridades públicas, embora o controlo efetivo pertença em todas as circunstâncias às autoridades de resolução<sup>726</sup>. Englobados nestes poderes, encontram-se as deliberações quanto à nomeação dos membros do órgão de administração do veículo de gestão de ativos e à determinação das suas responsabilidades, bem como a aprovação da estratégia e do perfil de risco destes veículos<sup>727</sup>.

Contrariamente aos instrumentos referidos anteriormente, a segregação de ativos, não incide sobre as ações ou outros instrumentos da propriedade, reportando-se somente aos ativos, direitos e passivos da instituição bancária objeto de resolução ou da instituição de transição. Todavia, tal não significa que a aplicação do presente instrumento de resolução não afete a posição dos acionistas. A dispensa concedida às autoridades de resolução na obtenção da aprovação dos acionistas e do cumprimento dos requisitos procedimentais fixados ao abrigo do direito das sociedades ou da legislação relativa aos valores mobiliários, aquando da transferência de ativos, direitos e passivos, impacta desde logo, nos direitos de voto e de participação nas deliberações dos sócios.

Em segundo lugar, a transferência dos ativos, direitos, e passivos dos acionistas para um veículo de gestão de ativos, importa para aqueles, esvazia de sentido a detenção de qualidade de acionista. Além disso, transferência de ativos, passivos e sobretudo, de direitos, de que os acionistas sejam titulares impede, neste último caso, o exercício dos mesmos, o que leva, a uma minoração da sua posição. Quanto aos restantes acionistas, *i.e.*, quanto aos acionistas cujos ativos, passivos e direitos não sejam transferidos para o veículo de gestão, os mesmos sujeitar-se-ão à aplicação dos processos normais de insolvência que tenham em vista a liquidação da instituição bancária objeto de resolução. Acresce que, pela letra do n.º 12.º do artigo 42.º da Diretiva, estes acionistas não têm qualquer direito sobre ou em relação aos ativos, direitos e passivos transferidos.

No seguimento do exposto, podemos também inferir que a posição do acionista é, potencialmente, afetada pela aplicação deste instrumento, na medida

---

<sup>726</sup> Estes critérios estão previstos nos termos do n.º 2 do artigo 42.º da Diretiva 2014/59/UE.

<sup>727</sup> Os poderes de controlo das autoridades de resolução encontram-se previstos nas disposições do n.º 4 do artigo 42.º da Diretiva 2014/59/UE.

em que abre espaço, em teoria, à frustração das suas legítimas expectativas, nomeadamente em relação ao pagamento de dividendos – sobretudo quando as autoridades de resolução aplicam estes instrumentos inesperadamente, face à urgência, por exemplo, de conter os potenciais danos para a economia, para os contribuintes e para o mercado financeiro.

No seio da União Europeia, encontramos exemplos de instituições bancárias às quais foi aplicado o instrumento de segregação de ativos foi aplicado. Principiando pelo caso português, este instrumento foi aplicado pela autoridade de resolução nacional – Banco de Portugal – ao *Banco Internacional do Funchal, S.A.* – ou *Banif*. Em conjunto com a aplicação do instrumento de alienação ativos, anteriormente analisada, o Conselho de Administração do Banco de Portugal deliberou pela aplicação do presente instrumento de resolução, criando assim um veículo de gestão de ativos – denominado *Naviget S.A.* – para a qual foram transferidos uma série de direitos e passivos correspondentes a ativos do *Banif*, constantes do Anexo n.º 2 que acompanhou a deliberação<sup>728</sup>. Entre as mais importantes transferências de ativos e direitos figuram os ativos imobiliários pertencentes ao *Banif*; as ações ou unidades de participações pertencentes à instituição bancária objeto de resolução; os empréstimos concedidos; vários valores mobiliários; e vários ativos, licenças e direitos associados aos serviços centrais do *Banif* em Portugal Continental<sup>729</sup>.

Ainda no presente âmbito, e por deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, o Fundo de Resolução – enquanto autoridade pública, e em cumprimento dos requisitos presentes no n.º 2 do artigo 42.º da Diretiva –, foi investido na qualidade de detentor do veículo de gestão entretanto constituído – e posteriormente denominado *Oitante S.A.*<sup>730</sup>. No respeitante às suas finalidades, e de acordo com os Estatutos aprovados pela entidade de resolução portuguesa – e

---

<sup>728</sup> Cf. Banco de Portugal, *Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, de 20 de dezembro de 2015*, Anexo 2. Disponível para consulta em: [http://www.lawrei.eu/mranewsletter/wp-content/uploads/2015/12/20151220\\_deliberacao-BP-23h30.pdf](http://www.lawrei.eu/mranewsletter/wp-content/uploads/2015/12/20151220_deliberacao-BP-23h30.pdf)

<sup>729</sup> Idem.

<sup>730</sup> Cf. Fundo de Resolução, *Deliberação Unânime por Escrito da Comissão Diretiva do Fundo de Resolução, de 6 de janeiro de 2016*. Disponível para consulta em: [http://www.fundoderesolucao.pt/pt-PT/ofundo/Documents/ResolucaoBANIF/FdR\\_2016\\_01\\_06%20Deliberacao.pdf](http://www.fundoderesolucao.pt/pt-PT/ofundo/Documents/ResolucaoBANIF/FdR_2016_01_06%20Deliberacao.pdf)



em particular do seu artigo 3.º –, no exercício da sua atividade, o veículo de gestão de ativos, “*deve obedecer a critérios de gestão que assegurem a **manutenção de baixos níveis de risco e a maximização do seu valor** com vista a uma **posterior alienação ou liquidação***” [destacado nosso]<sup>731</sup>.

A prossecução destas finalidades reforça o entendimento que previamente realizámos quanto à posição dos acionistas perante a aplicação do instrumento de segregação de ativos.

Descorando a aplicação conjunta de um instrumento de alienação de ativos que se engloba nas medidas de resolução aplicadas ao *Banif*, de facto, não podemos deixar de atender ao impacto que, isoladamente, a aplicação deste instrumento de resolução implica para os acionistas. Neste sentido observamos que os acionistas cujos ativos, direitos e passivos hajam sido transferidos para o veículo de gestão, não dispõem de uma situação jurídica ativa sobre o mesmo, *i.e.*, não possuem qualquer direito ou relação sobre o veículo de gestão de ativos ou sobre o órgão de administração ou direção de topo. Quanto aos demais acionistas, cujos ativos, direitos ou passivos não hajam sido transferidos para um veículo de gestão, os mesmos ficam adstritos aos processos normais de insolvência aplicáveis à instituição bancária objeto de resolução, se outra medida de resolução não lhe seja aplicável. Tendo em conta que a aplicação do instrumento de segregação de ativos não impõe às autoridades de resolução a obtenção da aprovação da camada acionista da instituição bancária em resolução, o direito de voto e de participação nas deliberações de todos os acionistas é transversalmente cerceado. Por último, e considerando que a distribuição de dividendos advém dos ativos das instituições bancárias, a sua transferência para um veículo de gestão, acarreta, em última análise, um prejuízo para as expectativas e interesses económicos dos acionistas.

Além do caso português, podemos encontrar vários outros exemplos nos quais às instituições bancárias em resolução haja sido aplicado o instrumento de segregação de ativos.

---

<sup>731</sup> Cf. Banco de Portugal, Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, de 20 de dezembro de 2015.

Vimos anteriormente que a solução italiana, acima exposta, lançou mão da criação de quatro instituições de transição e de um veículo de gestão – *REV - Gestione Crediti S.p.A*<sup>732</sup> – para os quais foram transferidos todos os ativos problemáticos referentes às quatro instituições bancárias objeto de resolução.

Porém, ainda mesmo da Diretiva 2014/59/UE vigorar na ordem jurídica europeia, o recurso a medidas de resolução semelhantes àsquelas que os atuais instrumentos de resolução permitem, já havia sido testado no contexto europeu. A título de exemplo, a solução franco-belga encontrada para o grupo *Dexia* baseou-se na aplicação conjunta dos instrumentos de resolução cujo conteúdo funcional se aproximava dos instrumentos de segregação de ativos e de alienação de atividade<sup>733</sup>. Foi, por forma a evitar o risco sistemático potenciado pela liquidação do grupo *Dexia*, que as autoridades belgas, francesas e luxemburguesas implementaram, a 20 de outubro de 2011, um plano de resolução que incluía a alinação das operações do grupo a determinadas instituições bancárias dos Estados-membros onde o grupo se encontrava em atividade, e a segregação de ativos, passivos e direitos, transferindo-os para um veículo de gestão. Assim, as operações do grupo *Dexia* na Bélgica foram alienadas ao *Belfius Bank*; as operações no Canadá, na Itália, no Luxemburgo, na Espanha e na Turquia foram colocadas à venda; e as operações na França foram alienadas ao *Nouvel Établissement de Crédit*, e ao Estado francês, detentor da *Caisse des Dépôts et Consignations*, e da *La Banque Postale*<sup>734</sup>. O *Dexia SA*, enquanto veículo de gestão de ativos, ficou encarregue de

---

<sup>732</sup> Cf. Banca d'Italia, Costituzione della Società veicolo “REV – Gestione Crediti S.p.A”, Approvazione dell’atto costitutivo, dello statuto, della nomina e delle remunerazioni degli organi di amministrazione e controllo, 15 dicembre 2015.

<sup>733</sup> De acordo com as informações providenciadas pela Comissão Europeia, o grupo *Dexia* estava organizado em torno da empresa-mãe (*Dexia SA*), uma sociedade gestora de participações sociais (holding) e de três filiais operacionais situadas em França (*DCL*), na Bélgica (*DBB/Belfius*) e no Luxemburgo (*Dexia BIL*). Incluía nomeadamente uma sociedade de crédito hipotecário, a *DMA*, filial da *DCL*. Incluía igualmente outras filiais: *Deniz Bank*, *Dexia Habitat*, *DKB Polska*, *DAM*, *Dexia Région Bail*, *Dexia Flobail*, *Dexia Bail*, *Dexia Israel* e *Dexia LLD*. nomeadamente uma sociedade de crédito hipotecário, a *DMA*, filial da *DCL*. Incluía igualmente outras filiais: *Deniz Bank*, *Dexia Habitat*, *DKB Polska*, *DAM*, *Dexia Région Bail*, *Dexia Flobail*, *Dexia Bail*, *Dexia Israel* e *Dexia LLD*. Cf. Comissão Europeia, Decisão de 28 de dezembro de 2012, relativa aos auxílios estatais SA.33760 (12/N-2, 11/C, 11/N); SA.33763 (12/N-2, 11/C, 11/N); SA.33764 (12 N-2, 11/C, 11/N); SA.30521 (MC 2/10); SA.26653 (C9/09); SA.34925 (12 N-2, 12/C, 12/N); SA. 34927 (12 N-2, 12/C, 12/N); SA. 34928 (12 N-2, 12/C, 12/N) concedidos pelo Reino da Bélgica, pela República Francesa e pelo Grão-Ducado do Luxemburgo a favor de *Dexia*, *DBB/Belfius* e *DMA*.

<sup>734</sup> Vide Anexo III da Decisão de 28 de dezembro de 2012, relativa aos auxílios estatais SA.33760 (12/N-2, 11/C, 11/N); SA.33763 (12/N-2, 11/C, 11/N); SA.33764 (12 N-2, 11/C, 11/N); SA.30521 (MC 2/10); SA.26653 (C9/09); SA.34925 (12 N-2, 12/C, 12/N); SA. 34927 (12 N-2, 12/C, 12/N); SA.

proceder a uma liquidação ordenada dos ativos por forma maximizar o seu valor, protegendo os interesses dos acionistas e dos seus credores<sup>735</sup>. O projeto de liquidação do grupo – entretanto concluído – estabeleceu-se sobre um hiato temporal de 5 anos, ao longo dos quais se procedeu à alienação de várias atividades do grupo, ao redimensionamento da estrutura do *Dexia SA*, e à redução das carteiras de ativos<sup>736</sup>.

Mais recentemente, na Hungria, a autoridade de resolução nacional – *Magyar Nemzeti Bank* – recorreu ao instrumento de segregação de ativos no caso do *Magyar Külkereskedelmi Bank*. Por deliberação do *Magyar Nemzeti Bank*, parte dos ativos, passivos e direitos do *Magyar Külkereskedelmi Bank* – instituição bancária objeto de resolução – foram transferidos para o *MSZVK Magyar Szanálási Vagyonkezelő ZrtZ*, detido integralmente pelo Fundo de Resolução húngaro<sup>737</sup>. Nos termos da deliberação tomada, tendo em vista a minimização do impacto para a economia nacional e a recuperação da solidez financeira do setor bancário, a autoridade de resolução húngara determinou que a gestão dos ativos transferidos para *MSZVK Magyar Szanálási Vagyonkezelő ZrtZ* - enquanto veículo de gestão de ativos – deveria realizar-se por forma a viabilizar a alienação dos mesmos<sup>738</sup>. Embora a alienação da atividade dos veículos de ativos ocorra numa perspetiva mais favorável para os interesses dos acionistas, nem por isso somos levados a desviar-nos das considerações anteriormente elaboradas. Efetivamente o prospeto de um resultado tendencialmente positivo, não implica a desconsideração pela

---

34928 (12 N-2, 12/C, 12/N) concedidos pelo Reino da Bélgica, pela República Francesa e pelo Grão-Ducado do Luxemburgo a favor de Dexia, DBB/Belfius e DMA.

<sup>735</sup> Segundo refere na sua página institucional, “*Dexia’s mission is to manage its residual assets in run off while protecting the interests of its shareholders and guarantors*”. Disponível para consulta em: [http://www.dexia.com/EN/the\\_group/profile/Pages/default.aspx](http://www.dexia.com/EN/the_group/profile/Pages/default.aspx)

<sup>736</sup> Sobre as medidas concretamente aplicadas entre 2011 e 2015, vide “*Dexia, Key milestones in the orderly resolution*”, disponível em:

[http://www.dexia.com/EN/the\\_group/profile/Pages/default.aspx](http://www.dexia.com/EN/the_group/profile/Pages/default.aspx)

<sup>737</sup> Cf. Magyar Nemzeti Bank, Summary of Decision No. H-SZN-I-75/2016, of the Magyar Nemzeti Bank to terminate the resolution process of MKB Bank Zrt., June 30<sup>th</sup> of 2016, Budapest. Disponível para consulta em:

[https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1460574/1+July+2016\\_Central+Bank+of+Hungary+notification+regarding+termination+of+resolution.pdf](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1460574/1+July+2016_Central+Bank+of+Hungary+notification+regarding+termination+of+resolution.pdf)

<sup>738</sup> Na sua deliberação, o Magyar Nemzeti Bank refere explicitamente que a alienação dos ativos transferidos para veículo de gestão de ativos, constitui uma obrigação desta última entidade. Cf. Magyar Nemzeti Bank, Summary of Decision No. H-SZN-I-75/2016, of the Magyar Nemzeti Bank to terminate the resolution process of MKB Bank Zrt., 30 June 2016, Budapest, p. 3.

afetação dos interesses e direitos dos acionistas resultante da aplicação do instrumento de segregação de ativos.

#### 5.2.5. A posição dos acionistas resultante da aplicação dos instrumentos de recapitalização interna

Os instrumentos de recapitalização interna diferem dos demais instrumentos de resolução, na medida em que corporizam uma solução que pretende preservar a instituição bancária objeto de resolução, enquanto instituição juridicamente autónoma, permitindo-lhe a continuidade da sua atividade<sup>739</sup>. Este instrumento – igualmente denominado “*bail-in*” –, é de entre todos, aquele que apresenta uma estrutura mais complexa e rigorosa.

A aplicação dos instrumentos de recapitalização interna visa reestabelecer a capacidade de uma instituição bancária objeto de resolução em cumprir as condições de autorização para o exercício das atividades bancárias, por referência à Diretiva 2013/36/UE e à Diretiva 2014/65/UE, e em igual medida, objetiva alcançar o sustento e o reforço da confiança dos mercados financeiros – alínea a) do n.º 2 do artigo 43.º da Diretiva 2014/59/UE. A recapitalização interna tem lugar, sempre que as autoridades de resolução considerem que exista uma perspetiva razoável de que através da sua aplicação, a instituição bancária objeto de resolução possa reforçar a sua solidez financeira e a sua viabilidade a longo prazo<sup>740</sup>.

Caso esta perspetiva não venha a ter lugar, as autoridades de resolução têm ao seu alcance um instrumento de resolução baseado na conversão em capitais próprios ou na redução do montante de capital dos créditos ou instrumentos de dívida que hajam sido transferidos para uma instituição de transição, ou que hajam sido transferidos ao abrigo de um instrumento de alienação da atividade ou de segregação de ativos – alínea b) do n.º 2 do artigo 43.º da Diretiva 2014/59/UE.

---

<sup>739</sup> Em sentido oposto, os instrumentos de alienação da atividade, da criação de uma instituição de transição, e de segregação de ativos, pressupõem a criação de uma outra instituição ou veículo de gestão, detida por autoridades públicas e controlada pela autoridade de resolução.

<sup>740</sup> Conforme assinala Boccuzzi, esta é uma solução dirigida, sobretudo, às instituições bancárias de maior dimensão. Cf. BOCCUZZI, G., (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1st edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.80.

Esta segunda solução de que as autoridades dispõem – denominada de “*closed bank scenario*” – não se insere na lógica de continuidade de atividade da instituição bancária objeto de resolução, uma vez que os ativos, os direitos e os passivos não transferidos para uma instituição de transição ou para um veículo de gestão de ativos, destinam-se a ser liquidados ao abrigo dos processos normais de insolvência<sup>741</sup>.

A aplicação de um instrumento de recapitalização interna recai, essencialmente, sobre os passivos de uma instituição bancária objeto de resolução que não se encontram excluídos por força das disposições da Diretiva. Neste sentido, as disposições do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 44.º da Diretiva 2014/59/UE, fixam duas categorias de passivos: passivos que são obrigatoriamente excluídos do âmbito da recapitalização interna; e passivos que, por determinação das autoridades de resolução, são passíveis de serem excluídos da aplicação desse instrumento de resolução. Quanto à primeira categoria de passivos – sobre os quais as autoridades não podem exercer os seus de redução ou conversão –, englobam-se, nos termos do n.º 2 do artigo 44.º da Diretiva, os depósitos cobertos; os passivos garantidos – instrumentos financeiros que integrem a garantia global; os passivos decorrentes da detenção de ativos ou de dinheiro pertencentes a clientes que se encontrem protegidos pelo regime da insolvência; os passivos decorrentes de uma relação fiduciária entre a instituição bancária e outra pessoa, desde que esta se encontre protegida pelo direito civil ou pelo regime da insolvência; os passivos perante instituições, cujo prazo de vencimento seja inferior a sete dias; os passivos perante os trabalhadores, credores comerciais, autoridades fiscais e de segurança social, e perante os sistemas de garantias de depósitos decorrentes das contribuições devidas pelas instituições bancárias de acordo com a Diretiva 2014/49/UE. Por outro lado, na segunda categoria – passivos suscetíveis de serem excluídos por determinação as autoridades de resolução – compreende-se todos os passivos sobre os quais não possa ser aplicado o instrumento de recapitalização interna num prazo razoável; os passivos cuja exclusão seja estritamente necessária e proporcional tendo em conta a continuidade das funções e das linhas de negócio críticas; os passivos cuja exclusão

---

<sup>741</sup> Idem.

seja estritamente necessária e proporcional para evitar um contágio em larga escala, sobretudo quando são passivos elegíveis os depósitos detidos por pessoas singulares, e por micro, pequenas e médias empresas; e ainda os passivos, sobre os quais, a aplicação do presente instrumento de resolução causaria uma destruição do seu valor, de tal modo que as perdas sofridas por outros credores, seriam maiores do que se tais passivos fossem, *ab initio*, excluídos.

Em vista da eficácia do instrumento de recapitalização interna, sempre que sejam excluídos determinados passíveis que doutra forma seriam elegíveis, a Diretiva permite que as autoridades de resolução aumentem o nível de redução ou da conversão em relação aos passivos elegíveis. Caso a exclusão de certos passíveis elegíveis levem a que as perdas que teriam sido suportadas por esses passivos não tenham sido completamente transferidas para outros credores, a Diretiva autoriza as autoridades de resolução a recorrerem ao mecanismo de financiamento da resolução tendo por forma a cobrir essas perdas ou para que sejam adquiridas ações, por forma a permitir a recapitalização – artigo 44.º, n.º 4 da Diretiva. Todavia, o recurso aos mecanismos de financiamento, enquanto solução para a absorção das perdas geradas pela exclusão de passivos elegíveis, está, nos termos do n.º 5 do artigo referido, dependente de duas condições: em primeiro lugar, é necessário que os acionistas e titulares de outros instrumentos de propriedade tenham, previamente, contribuído para a absorção de perdas e para a recapitalização, num montante não inferior a 8% do total dos passivos<sup>742</sup>; e em segundo lugar, é necessário que a contribuição que se pretenda retirar dos mecanismos de financiamento não excedam os 5% do total dos passivos.

A metodologia transposta para a recapitalização interna assentou numa “*comprehensive approach*”, significando isto que, a aplicação deste instrumento de resolução concede às autoridades de resolução não apenas a faculdade de reduzir o montante de capital dos créditos ou dos instrumentos de dívida transferidos, mas, também possibilita que as autoridades incluam um leque alargado de passivos, por meio do qual venham a ser absorvidas as perdas da instituição

---

<sup>742</sup> Esta condição observa o princípio de que as perdas devem ser suportadas em primeiro plano pelos acionistas, e em seguida, pelos credores da instituição bancária em resolução.

bancária<sup>743</sup>. Com efeito, o n.º 1 do artigo 44.º da Diretiva impõe aos Estados-membros a adoção de medidas que assegurem que “*o instrumento de recapitalização interna possa ser aplicado a **todos os passivos** de uma instituição*” [destacado nosso], salvo aqueles que se encontram expressamente excluído.

Tendo em conta a dilata aplicação conceptual desta disposição, a Diretiva, pretendeu, através do seu artigo 45.º, proceder a um balizamento da margem de discricionariedade das autoridades, por forma a tornar eficaz a aplicação dos instrumentos recapitalização interna. Neste sentido, foi fixado um requisito mínimo para delimitar o âmbito dos fundos próprios e dos passivos elegíveis, que nos termos do n.º 4 do 45.º da Diretiva se refere aos passivos elegíveis que se encontram emitidos e integralmente realizados – *alínea a)*; que não são devidos à própria instituição, nem caucionados ou garantidos por ela – *alínea b)*; cuja aquisição não foi financiada, direta ou indiretamente, pela instituição – *alínea c)*; cujo prazo de vencimento restante seja de pelo menos um ano – *alínea d)*; que não decorrem de derivados – *alínea e)*; e por fim, todos aqueles que não decorram de um depósito que beneficie de privilégio na hierarquia nacional de insolvências – *alínea f)*.

Em respeito das condições precedentes, as autoridades de resolução, após consultar a autoridade competente<sup>744</sup>, fixam os requisitos mínimos para os fundos próprio e para os passivos elegíveis. A fixação destes requisitos opera a nível individualizado para as instituições bancárias e para as filiais, e a nível do grupo no caso de uma empresa-mãe se encontrar sediada no território da União Europeia. Deste modo, ao fixarem os requisitos mínimos, as autoridades de resolução, em observância do preceito do n.º 6 do artigo 45.º da Diretiva, devem ter por base os critérios que se reportam: *i)* à necessidade de assegurar que a instituição bancária possa ser objeto de resolução; *ii)* à necessidade de assegurar que a instituição dispõe de passivos elegíveis em quantidade suficiente para garantir que as perdas

---

<sup>743</sup> Em igual sentido, *vide* BOCCUZZI, G., (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1st edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p.83.

<sup>744</sup> Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, Ponto 40 do Regulamento (UE) n.º 575/2013, a “autoridade competente” é uma autoridade pública ou um organismo oficialmente reconhecido pelo direito nacional habilitado, por força do direito nacional, a supervisionar as instituições no contexto do sistema de supervisão vigente nesse Estado-Membro.

possam ser absorvidas, e assim, continuar a desenvolver as atividades para as quais foi autorizada; *iii*) à necessidade de assegurar que, no caso se serem excluídas determinadas categorias de passíveis elegíveis, a instituição disponha de outros passivos em quantidade suficiente para absorver as perdas; *iv*) à dimensão, ao modelo de negócio e financiamento, e ao perfil de risco da instituição; *v*) à contribuição possível do sistema de garantia de depósitos para o financiamento da resolução; *vi*) e aos efeitos adversos para a estabilidade financeira que a situação de insolvência da instituição possa vir a criar, sobretudo através do contágio<sup>745</sup>.

A aplicação deste instrumento de resolução requer que as autoridades de resolução procedam a uma avaliação relativamente ao montante necessário para proceder à recapitalização interna de uma instituição bancária em situação ou risco de insolvência. Esta avaliação, conformada pelos artigos 36.º e 46.º da Diretiva, visa apurar concretamente o montante pelo qual os passivos elegíveis devem ser objeto de redução, por forma a assegurar que o valor patrimonial líquido da instituição bancária seja igual a zero, e o montante pelo qual os passivos elegíveis devem ser convertidos em ações ou outros instrumentos de propriedade, tendo como finalidade, restabelecer os rácios de fundos próprios principais de nível 1. As instituições bancárias objeto de resolução devem disponibilizar toda a informação relevante, de forma atualizada, permitindo que assim, as autoridades de resolução possam realizar uma análise segura relativamente aos número, quantidade e qualidade dos seus ativos, direitos e passivos.

O instrumento de recapitalização interna pode ser concretamente aplicado no decurso daquela avaliação, ou em momento posterior. A aplicação da recapitalização interna executa-se em respeito da sequência indicada no artigo 48.º, n.º 1 da Diretiva. Neste âmbito, as autoridades de resolução exercerem os seus poderes de redução, de modo sequencial, sobre os fundos próprios principais de nível 1 <sup>746</sup>; sobre os fundos próprios adicionais de nível 1 – no caso dos

---

<sup>745</sup> Para todos estes critérios, e por determinação do n.º 2 do artigo 45.º, a Autoridade Bancária Europeia elaborou um conjunto de normas técnicas de regulamentação dos critérios enunciados. Neste sentido, cf. European Banking Authority, *Final draft Regulatory Technical Standards on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU*, (EBA/RTS/2015/05), July 3<sup>rd</sup> of 2015.

<sup>746</sup> Os fundos próprios de nível 1 encontram-se enunciados no artigo 52.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de junho de 2013.



anteriores serem insuficientes para alcançar o montante determinado<sup>747</sup>; sobre os fundos próprios de nível 2 – no caso de não se possível alcançar o montante determinado pela redução dos anteriores fundos<sup>748</sup>; sobre o montante de capital correspondente à dívida subordinada; e por último, sobre o montante de capital ou montante em dívida, correspondente aos restantes passivos elegíveis, de acordo com a hierarquia de créditos estabelecida nos processos normais de insolvência<sup>749</sup>.

Ao aplicarem o instrumento da recapitalização interna as autoridades de resolução implementam simultaneamente um plano de reorganização do negócio da instituição bancária objeto de resolução<sup>750</sup>. Este plano integra um diagnóstico pormenorizado dos fatores e circunstâncias que levaram a instituição bancária a uma situação ou risco de insolvência, contendo uma descrição das medidas adequadas a repor a viabilidade a longo prazo da instituição, e a calendarização em termos de execução. As autoridades de resolução encontram-se incumbidas de elaborar, com um determinado grau de discricionariedade, um conjunto de medidas destinadas à reposição da viabilidade da instituição bancária objeto de resolução, sendo que no entanto, à luz das disposições do artigo 52.º, n.º 5 e 6 da Diretiva, estas podem incluir a reorganização da atividade da instituição; as alterações dos sistemas operacionais e das infraestruturas internas; a cessação das atividades deficitárias; a reestruturação das atividades já existentes, concedendo-lhes maior competitividade; e a alienação de ativos ou linhas de negócio.

A criação de um plano de reorganização do negócio traduz, igualmente, a diferença substancialmente existente entre a recapitalização interna e os demais instrumentos de resolução. A este respeito, torna-se manifesto que a imposição – às autoridades de resolução – da criação de um plano de reorganização, prossegue a finalidade de reposição da viabilidade da instituição a longo prazo e da continuidade das suas atividades, porquanto, os demais instrumentos estão

---

<sup>747</sup> Os fundos próprios adicionais de nível 1 encontram-se enunciados no artigo 53.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de junho de 2013.

<sup>748</sup> Os fundos próprios de nível 2 encontram-se enunciados no artigo 63.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de junho de 2013.

<sup>749</sup> Nos termos do n.º 3 do artigo 47.º da Diretiva 2014/59/UE, antes de reduzirem o montante de capital ou montante em dívida, correspondente aos restantes passivos elegíveis, as autoridades de resolução convertem os reduzem os três instrumentos anteriores, caso os mesmos contenham cláusulas que determinem a sua redução, ou que determinem a sua conversão.

<sup>750</sup> O Plano de Reorganização do Negócio encontra-se previsto nos artigos 52.º e seguintes da Diretiva 2014/59/UE.

orientados, sobretudo, para continuidade das atividades da instituição em situação ou risco de insolvência, através de uma instituição distinta.

Todavia, e retomando a questão que nos ocupa no presente domínio, salientamos que a aplicação da recapitalização interna convela com determinados interesses e direitos da camada acionista. O artigo 47.º da Diretiva, sob a epígrafe *“Tratamento dos acionistas na recapitalização interna ou na redução ou conversão de instrumentos de capital”*, enuncia o conjunto de medidas que as autoridades de resolução possuem ao seu alcance, em relação aos acionistas e titulares de outros instrumentos de propriedade. Neste conjunto de medidas, englobam-se a extinção das ações ou de outros instrumentos de propriedade, ou a sua transferência para os credores afetados pela aplicação do instrumento de resolução; e a diluição da participação dos acionistas na instituição bancária objeto de resolução, quando esta apresente um valor líquido positivo em resultado da conversão de instrumentos de capital relevantes ou de passivos elegíveis emitidos pela instituição<sup>751</sup>.

O escopo substancial destas medidas, alarga-se ainda a todos os acionistas, cujas ações de que são titulares, tenham sido emitidas em sequência da conversão de instrumentos de dívida em ações, ou na sequência da conversão de instrumentos de capital relevantes em instrumentos de fundos próprios principais de nível 1. Por via da aplicação das medidas contidas no presente artigo, a afetação dos interesses e direitos dos acionistas ocorre a dois níveis: primeiro, por via da destituição ou diminuição da qualidade de acionista e dos respetivos direitos, sempre que uma medida de extinção ou transferência de ações venha a ter lugar; em segundo, por via da destituição dos direitos inerentes à qualidade de acionista e do efeito economicamente nocivo causado, sempre que a diluição da participação dos acionistas venha a ter lugar.

A implementação do plano de reorganização do negócio, anteriormente referido, pode igualmente interferir com os interesses e os direitos dos acionistas. A estatuição de uma medida que vise cessar determinadas atividades ou que vise a

---

<sup>751</sup> Quanto à diluição da participação dos acionistas, o segundo parágrafo da alínea b) do n.º 1 do artigo 47.º, especifica que a taxa de diluição deve operar de forma a que dilua fortemente o valor das ações.

alienação de determinados ativos ou de linhas de negócios, pode acarretar para o acionista, um determinado prejuízo económico por via da distribuição de dividendos, e em especial do seu valor, sempre que a estes haja lugar. Embora o direito a participar nos lucros possa não ser afetado, a diminuição do valor dos dividendos afeta inevitavelmente os legítimos interesses económicos dos acionistas.

Ainda no plano das interferências, e relativamente aos efeitos da recapitalização interna, o artigo 53.º, n.º 2, alínea b) da Diretiva, permite que, a fim de realizarem todas as tarefas administrativas e procedimentais necessárias ao exercício dos seus poderes, as autoridades de resolução possam retirar da cotação ou excluir da negociação as ações ou outros instrumentos de propriedade. Em conformidade com aquilo que deixámos exposto relativamente aos poderes das autoridades de resolução, o recurso a esta faculdade, contendo diretamente com os direitos dos acionistas. Além de afetar os interesses económicos dos acionistas – que poderiam recorrer ao mercado bolsista por forma recuperar parte do seu investimento –, o recurso a esta faculdade, impossibilita os acionistas de disporem livremente daquilo é sua propriedade.

Em conclusão, verifica-se que a aplicação dos instrumentos de recapitalização interna, contendo com os direitos e interesses dos acionistas, seja por via da extinção, da transferência ou da diluição das suas ações, seja por via da conversão de instrumentos de dívida em ações ou da alienação de ativos ou linhas de negócios, ou ainda pela retirada da cotação ou da exclusão da negociação de ações. Em determinados casos, fá-lo diretamente – como é exemplo a extinção, transferência, diluição, ou pela retirada e exclusão da negociação –, noutros casos, fá-lo por uma via indireta – como sucede relativamente à alienação de ativos ou linhas de negócios, que podem acarretar uma diminuição do montante dos dividendos dos acionistas.

Os instrumentos de recapitalização interna – *Bail-In tool* – foram, por diversas vezes, aplicados no seio da União Europeia. Entre os exemplos mais notórios figuram o caso *Banco Espírito Santo, S.A.*, em Portugal; o caso *Cooperative Central Bank*, no Chipre; o caso *Andelskassen JAK Slagelse*, na Dinamarca; o caso *Panellinia Bank* e o caso *Cooperative Bank of Peloponnese*, ambos na Grécia; o caso

*Magyar Külkereskedelmi Bank*, na Hungria; e o caso da *Banca delle Marche S.p.A*, da *Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio S.C.*, da *Cassa di Risparmio della Provincia di Chieti S.p.A.*, e da *Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.A*, na Itália<sup>752</sup>.

Principiando pelo exemplo do caso *Banco Espírito Santo*, a par daquilo que anteriormente foi analisado a propósito da aplicação de outros instrumentos de resolução, temos que o instrumento de recapitalização interna – *bail-in* – foi igualmente aplicado pelo Banco de Portugal a esta instituição bancária. Na base da resolução desta instituição bancária portuguesa, estiveram fatores como a insuficiência de liquidez, a limitação do recurso ao *Emergency Liquidity Assistance*, e ainda, a decisão do BCE, no sentido de suspender o estatuto de contraparte do *Banco Espírito Santo* nas operações de política monetária, a par da obrigação de proceder ao reembolso integral de 10 mil milhões de euros. Atendendo a todos estes fatores, o Conselho de Administração do Banco de Portugal, de 3 de agosto de 2014, deliberou pela criação de uma instituição de transição – *Novo Banco, S.A.* – para a qual foram transferidos determinados ativos, passivos e direitos, determinando igualmente que, pelos “(...) *ativos problemáticos, que, no essencial, correspondem a responsabilidades de outras entidades do Grupo Espírito Santo e às participações no Banco Espírito Santo Angola, S.A., (...) respondem os acionistas e os credores subordinados do Banco Espírito Santo, S.A.*”<sup>753</sup>.

Todavia, em conformidade com a autoridade de resolução nacional, “(...) *desde a transferência efetuada nos termos da Deliberação de 3 de agosto, a sobrevalorização significativa dos ativos dos BES nos seus registos contabilísticos tornou-se inequívoca (...)*”, o que veio a dificultar a venda da instituição de transição<sup>754</sup>. Por este motivo, e reafirmando o princípio ínsito na Diretiva

---

<sup>752</sup> Cf. European Parliament, Directorate-General for Internal Policies and Economic Governance Support Unit, *In-depth analysis: “bail-ins” in recent banking resolution and state aid cases*, July 7<sup>th</sup> of 2016, PE 574.395. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/574395/IPOL\\_IDA\(2016\)574395\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/574395/IPOL_IDA(2016)574395_EN.pdf)

<sup>753</sup> Cf. Banco de Portugal, Comunicado do Banco de Portugal sobre a aplicação de medida de resolução ao Banco Espírito Santo, S.A., de 3 de agosto de 2014. Disponível para consulta em: <https://www.bportugal.pt/comunicado/comunicado-do-banco-de-portugal-sobre-aplicacao-de-medida-de-resolucao-ao-banco-espirito>

<sup>754</sup> Cf. Banco de Portugal, Reunião do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 29 de dezembro de 2015. Disponível para consulta em: [http://www.bes.pt/Deliberacoes\\_BdP/20151229%20Deliberacao%20Retransmissao.pdf](http://www.bes.pt/Deliberacoes_BdP/20151229%20Deliberacao%20Retransmissao.pdf)

2014/59/UE, segundo o qual os acionistas e credores da instituição objeto de resolução devem assumir os prejuízos resultantes, o Banco de Portugal, fazendo uso do poder de retransmissão, determinou a retransmissão do *Novo Banco* para o *Banco Espírito Santo*, das emissões de instrumentos de dívida não subordinada, corporizados cinco tipos de instrumentos de Obrigações Sénior<sup>755</sup>. A retransmissão destes instrumentos gerou um impacto positivo de 2 mil milhões de euros para a instituição de transição, permitindo assim, recuperar o seu défice de capital revelado pelos mecanismos de avaliação global – *Comprehensive Assessment*<sup>756</sup> – sem a necessidade de provimento de ajuda estatal. Não obstante, parte desta retransmissão foi inviabilizada por decisão judicial, após uma série de investidores apresentem, perante os tribunais administrativos, uma providência cautelar com fundamento na violação do princípio da igualdade entre acionistas e entre credores pertencentes a uma mesma categoria<sup>757</sup>. Pronunciando-se sobre as ações judiciais, o Banco De Portugal, asseverou que o exercício dos poderes de retransmissão baseou-se em critérios de certeza e transparência, circunscritos ao interesse público e à necessidade de aplicar eficazmente uma medida de resolução ao *Banco Espírito Santo*. Nesse sentido, acrescentou que as “(...) decisões judiciais que, direta ou indiretamente, ponham em causa o perímetro de transferência neutralizam este mecanismo contenciosos (e compensatório), legalmente previsto, de impugnação das decisões do Banco de Portugal, enquanto autoridade pública de resolução, e comprometem a execução e eficácia da medida de resolução”<sup>758</sup>.

Ancorado à disposição do n.º 4 do artigo 44.º da Diretiva relativa aos passivos excluídos em situações excecionais, o Banco de Portugal esclareceu ser

---

<sup>755</sup> Cf. Anexo I da Deliberação do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 29 de dezembro de 2015.

<sup>756</sup> Cf. European Central Bank, Note on the 2015 Comprehensive Assessment, 2015. Disponível para consulta em: [https://www.bankingsupervision.europa.eu/pdf/ca/2015-11-14\\_note\\_comprehensive\\_assessment.en.pdf?e09834c6564ab84419970599701b5c9c](https://www.bankingsupervision.europa.eu/pdf/ca/2015-11-14_note_comprehensive_assessment.en.pdf?e09834c6564ab84419970599701b5c9c)

<sup>757</sup> Cf. Diogo Ferreira Nunes - Banco de Portugal: obrigações do Novo Banco sem decisão definitiva, in *Dinheiro Vivo*, Lisboa, 28 de abril de 2016. Disponível para consulta em: <https://www.dinheirovivo.pt/banca/banco-de-portugal-obrigacoes-do-novo-banco-sem-decisao-definitiva/>

<sup>758</sup> Cf. Banco de Portugal, Reunião do Conselho de Administração do Banco de Portugal – Clarificação e retransmissão de responsabilidades e contingências definidas como passivos excluídos nas subalíneas (v) e (vii) da alínea (b) do n.º 1 do Anexo 2 à Deliberação do Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 (20 horas), na redação que lhe foi dada pela Deliberação do Banco de Portugal de 11 de agosto de 2014 (17 horas), 29 de dezembro de 2015. Disponível para consulta em: [http://www.bes.pt/Deliberacoes\\_BdP/20151229%20Deliberacao%20Contingencias.pdf](http://www.bes.pt/Deliberacoes_BdP/20151229%20Deliberacao%20Contingencias.pdf)

*“(...) proporcional e de interesse público não transferir para o banco de transição as responsabilidades contingentes ou desconhecidas do BES (...), independentemente de se encontrarem ou não registadas na contabilidade do BES(...), uma vez que a certeza relativamente às responsabilidades do banco é essencial para garantir a continuidade das funções críticas desempenhadas pelo Novo Banco e que anteriormente tinham sido desempenhadas pelo BES”*<sup>759</sup>. Independentemente do desenrolar dos processos judiciais, o exemplo permitido pelo caso *Banco Espírito Santo*, permite-nos observar, num contexto real, a aplicação de medidas de recapitalização interna consagradas na Diretiva 2014/59/UE.

O exemplo providenciado pelo caso do *Andelskassen JAK Slagelse*, na Dinamarca é igualmente importante para a análise da aplicação dos instrumentos de recapitalização interna, dado que este foi um dos primeiros casos em que os mesmos se aplicaram sobre uma instituição bancária em situação de insolvência. Com efeito, a sua aplicação teve lugar após uma das autoridades de resolução dinamarquesa<sup>760</sup> ter requerido ao *Andelskassen JAK Slagelse* a apresentação de um plano de recuperação e de um conjunto de medidas destinadas à recuperação da sua solvabilidade, ao qual a instituição bancária foi incapaz de responder eficazmente.

Neste seguimento, e considerando que as condições para a aplicação dos instrumentos de resolução se encontravam preenchidas, a autoridade de resolução dinamarquesa – *Finansiel Stabilitet* – deliberou pela aplicação conjunta dos instrumentos de criação de uma instituição de transição e da recapitalização interna. Assim, foi criada uma instituição de transição – *Broinstitut I A/S* –, responsável por gerir e manter operacionais as funções críticas da instituição bancária objeto de resolução. Detida inteiramente pelo Fundo de Resolução dinamarquês, o objetivo último desta instituição passava transferir ulteriormente

---

<sup>759</sup> Idem.

<sup>760</sup> No sistema jurídico dinamarquês, as autoridades de resolução são compostas pela *Danish Financial Supervisory Authority* e pela *Finansiel Stabilitet*. À primeira destas entidades, atua, no âmbito dos poderes de resolução previstos na Diretiva 2014/59/EU, até ao momento em que são estabelecidas as condições para a aplicação dos instrumentos de resolução. Desse momento em diante, atua a segunda entidade, a qual é competente para aplicar, em concreto, os instrumentos de resolução. Cf. World Bank Group, Financial Sector Advisory Center, (2016), *Bank resolution and “bail-in” in the EU: selected case studies pre and post BRRB – Andelskassen: Resolution via Bridge Bank and Bail-in Including of Uninsured Depositors*, pp. 26 – 30.

os seus ativos, passivos e direitos, após se proceder à recapitalização interna do *Andelskassen JAK Slagelse* <sup>761</sup>.

Em particular, quanto à recapitalização interna, a autoridade de resolução dinamarquesa, procedeu à dissolução de todas as participações sociais, através da extinção de todas as ações existentes, e à redução a zero de todos os instrumentos de capital relevantes – na aceção conjunta dos artigos 47.º, n.º 1, alínea b), 59.º, n.º 2 e 48.º, n.º 1 da Diretiva<sup>762</sup>. Ainda de acordo com a Diretiva, os depósitos bancários cujos montantes fossem inferior a 100 mil euros, ficaram garantidos pelo Sistema de Garantias de Depósito que, no entanto, veio a incorrer a avultadas perdas. Visando a posterior alienação do *Andelskassen JAK Slagelse*, a instituição de transição - *Broinstitut I A/S* – constituiu uma filial que veio a adquirir o seu controlo. Este controlo foi acompanhado de uma injeção de capital provindo do Fundo de Resolução dinamarquês, objetivando assim, através da recapitalização da instituição bancária objeto de resolução, a sua alienação a uma outra instituição – *Netfonds Holding AB* – que segundo a entidade de resolução demonstrara interesse na aquisição<sup>763</sup>. Todavia, a não aprovação do acordo de aquisição por parte da autoridade de supervisão dinamarquesa dificultou a posição da instituição bancária objeto de resolução, bem como das autoridades de resolução, cuja única alternativa assentou na instituição de um processo de insolvência ordenada. Quanto à instituição de transição, espera-se igualmente que esta venha a ser liquidada, atenta a dificuldade de captação de adquirentes, elevando assim o impacto causado para o fundo de resolução e para o sistema de garantias de depósito dinamarquês<sup>764</sup>.

O exemplo fornecido por este caso é particularmente relevante por dois motivos. Em primeiro lugar, permite-nos observar o resultando gerado pela combinação conjunta de vários instrumentos de resolução, e a forma como estes instrumentos contribuem para reestabelecer a estabilidade financeira das instituições e do setor bancário. Em segundo lugar, o presente caso permite-nos

---

<sup>761</sup> Neste sentido, vide Cf. World Bank Group, Financial Sector Advisory Center, (2016), Bank resolution and “bail-in” in the EU: selected case studies pre and post BRRB – *Andelskassen: Resolution via Bridge Bank and Bail-in Including of Uninsured Depositors*, pp. 26 – 30.

<sup>762</sup> Idem.

<sup>763</sup> Cf. *Op. Cit.*, p.29.

<sup>764</sup> Cf. *Op. Cit.*, p.30.

indagar pela confrontação dos interesses dos acionistas e credores e o interesse público em presença. Quanto a este último aspeto, e atendendo à inoperacionalidade da solução de alienação do *Andelskassen JAK Slagelse*, é legítimo questionar a razoabilidade do princípio insito na Diretiva 2014/59/UE, que impõe sobre os acionistas e os credores a absorção das perdas da instituição bancária objeto de resolução, sobretudo quando se verifica que o custo resultante da aplicação dos instrumentos de resolução foi 50% maior do que o custo hipoteticamente resultante do processo de liquidação<sup>765</sup>. Não obstante das autoridades terem procedido ao pagamento de uma compensação de acordo com o princípio de “*nenhum credor deverá ficar em pior situação*” do que aquela em que ficaria se a instituição tivesse sido liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência<sup>766</sup>, o caso do *Andelskassen JAK Slagelse*, abre espaço à reflexão relativa à situação em que os acionistas são colocados perante a aplicação dos instrumentos de resolução, sobretudo quando as razões de interesse público que a justifica não se concretizam. De toda a forma, a análise precedente permite-nos perspetivar em que medida os interesses e direitos dos acionistas são afetados com a aplicação das medidas de resolução, tendo em conta, sobretudo, a extinção de ações e a consequente extinção dos direitos inerentes à qualidade de acionista.

---

<sup>765</sup> Cf. *Op. Cit.*, p.29.

<sup>766</sup> *Idem*.



## **Capítulo III**

### **6. Conformidade dos Instrumentos de Resolução em relação aos requisitos dos direitos de propriedade dos acionistas**

Como vimos no ponto precedente, a aplicação dos instrumentos de resolução vulnerabiliza os interesses e os direitos dos acionistas. Em função do avançar da crise económica e financeira verificada no seio da União Europeia entre 2007 e 2012, a solução encontrada pela Diretiva 2014/59/EU alterou e inverteu o paradigma da intervenção pública nas instituições bancárias através da injeção de capitais públicos – comumente designado de “*bail-out solution*”. A consagração desta Diretiva veio a repudiar o modelo económico “*Too big to fail*”, implementando um princípio fundamental que fez pender sobre os acionistas e credores, a absorção das perdas bancárias das instituições bancárias objeto de resolução. Por outras palavras, a nova estratégia europeia de resolução bancária – preconizada pela Diretiva 2014/59/UE – fez transitar o modelo de “*Bail-out*” para um modelo de “*Bail-in*”.

Todavia, se a introdução de uma nova lógica de absorção das perdas das instituições bancárias em situação ou risco de insolvência transitou, essencialmente, da esfera pública para a esfera privada, tal não deixa inócuas as questões que se colocam em torno dos concretos moldes de aplicação dos mecanismos de resolução contemplados na Diretiva, muitas das quais se prendem com os direitos dos acionistas.

Nesse âmbito, pretendemos ao abrigo do presente ponto, cursar sobre a compatibilidade das medidas de resolução com os direitos dos acionistas cujo conteúdo possua um fundamento patrimonial. Na abordagem aqui seguida, começaremos por enunciar os direitos dos acionistas que, com um tal fundamento, são afetados pelas medidas de resolução, para de seguida analisar a sua compatibilidade com os requisitos de proteção do direito de propriedade, na aceção dos sistemas europeus de proteção dos direitos humanos.

### **6.1. Quadro comum dos direitos dos acionistas no plano europeu**

No âmbito do direito interno dos Estados-Membros da União Europeia, os quadros normativos que regulam as sociedades comerciais e as sociedades cotadas em bolsa, não permitem a extração exata de um conteúdo uniforme relativamente aos direitos dos acionistas. Todavia, a necessidade de disciplinar as relações comerciais entre os Estados europeus, o surgimento do mercado interno único, e o crescente alargamento das competências das instituições europeias, permitiram uma aproximação das legislações europeias, e por conseguinte, possibilitaram a criação de um quadro comum relativo aos direitos gerais dos acionistas.

Com efeito, e no seguimento das Diretivas 2007/36/CE<sup>767</sup>, 2007/63/CE<sup>768</sup>, 2009/109/CE<sup>769</sup>, 2010/73/UE<sup>770</sup>, e 2010/76/UE<sup>771</sup>, podemos delimitar o seguinte conjunto de direitos que assistem aos acionistas: *i)* direito à qualidade de sócio; *ii)* direito à informação; *iii)* direito a participar nos ativos; *iv)* direito de preferência na aquisição de ações; *v)* direito a participar nas deliberações e de inscrever pontos na ordem de trabalhos da assembleia-geral; *vi)* direito a ser designado para os órgãos da administração; *vii)* direito de votar; *viii)* direito de controlo e fiscalização sobre os atos do órgão de administração; *ix)* direito deliberar e

---

<sup>767</sup> Cf. Diretiva 2007/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, *relativa ao exercício de certos direitos dos acionistas de sociedades cotadas*, Jornal Oficial da União Europeia L 184, de 14 de julho de 2007.

<sup>768</sup> Cf. Diretiva 2007/63/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, que altera as Diretivas 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho no que respeita à exigência de um relatório de peritos independentes aquando da fusão ou da cisão de sociedades anónimas, Jornal Oficial da União Europeia L 300 de 17 de novembro de 2007.

<sup>769</sup> Cf. Diretiva 2009/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, que altera as Diretivas 77/91/CEE, 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho e a Diretiva 2005/56/CE no que respeita aos requisitos em matéria de relatórios e documentação em caso de fusões ou de cisões, Jornal Oficial da União Europeia L 259, de 2 de outubro de 2009.

<sup>770</sup> Cf. Diretiva 2010/73/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que altera a Diretiva 2003/71/CE, relativa ao prospeto a publicar em caso de oferta pública de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação, e a Diretiva 2004/109/CE, relativa à harmonização dos requisitos de transparência no que se refere às informações respeitantes aos emitentes cujos valores mobiliários estão admitidos à negociação num mercado regulamentado, Jornal Oficial da União Europeia L 327, de 11 de dezembro de 2010.

<sup>771</sup> Cf. Diretiva 2010/76/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que altera as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE no que diz respeito aos requisitos de fundos próprios para a carteira de negociação e para retitularizações, bem como à análise das políticas de remuneração pelas autoridades de supervisão, Jornal Oficial da União Europeia L 329 de 14 de dezembro de 2010.

pronunciarem-se sobre os aumentos ou reduções de capital; x) direito de participação em novas emissões de ações.

Como vimos, a aplicação dos instrumentos de resolução previstos nas disposições da Diretiva 2014/59/EU são potencialmente lesivos dos interesses e dos direitos dos acionistas. Os amplos poderes conferidos às autoridades de resolução, tem impacto no normal equilíbrio de relações entre estas e as instituições bancárias objeto de resolução, com consequentes implicações no plano dos direitos fundamentais, entre os quais, direitos de propriedade dos acionistas e os direitos decorrentes dessa mesma qualidade<sup>772</sup>.

Este mesmo sentido é assumido na Diretiva 2014/59/EU, quando no seu preâmbulo reconhece que “A **utilização dos instrumentos e dos poderes de resolução previstos pela presente diretiva pode interferir nos direitos dos acionistas e dos credores. Em especial, o poder das autoridades para transferir as ações e a totalidade ou parte dos ativos de uma instituição para um adquirente privado sem o consentimento dos acionistas afeta os direitos de propriedade desses mesmos acionistas**” [destacado nosso]<sup>773</sup>.

Efetivamente, e no seguimento daquilo que expusemos nos pontos anteriores, os instrumentos de resolução e o exercício dos poderes concedidos às autoridades de resolução interferem, em maior ou menor medida, com os direitos dos acionistas. Em grosso modo, esta interferência realiza-se a três níveis principais: no primeiro, quanto aos direitos de propriedade dos acionistas; no segundo, quanto aos demais direitos resultantes da detenção da qualidade de acionista; e no terceiro, quanto aos interesses económicos dos acionistas.

A aplicação dos instrumentos e de determinadas medidas de resolução por parte das autoridades de resolução, contente com o direito de propriedade dos acionistas, corporizado na detenção de ações emitidas pela instituição bancária objeto de resolução. Através da transferência, redução, extinção ou diluição das ações, os instrumentos de resolução incidem diretamente sobre a esfera da

---

<sup>772</sup> Cf. BOCCUZZI, G., (2016), *The European Banking Union: Supervision and Resolution*, 1st edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England, p. 78.

<sup>773</sup> Cf. parágrafo 13 do preâmbulo da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

estrutura acionista, e em particular, dos indivíduos e pessoas coletivas que, concretamente, a compõem. Por essa via, é afetada não apenas a propriedade dos acionistas, mas também o seu direito à qualidade de sócio em relação à instituição bancária objeto de resolução, com a consequente diminuição ou extinção dos direitos advindos dessa posição. De modo idêntico, as autoridades de resolução ao aplicarem medidas que coloquem termo à admissão a negociação ou suspendam a cotação oficial das negociações num mercado de valores mobiliários regulados, interferem com os direitos de propriedade dos acionistas, impedindo-os de disporem livremente das ações de que são proprietários.

Quanto aos direitos decorrentes da detenção da qualidade de acionista, verificamos que também estes são potencialmente afetados pelo exercício dos poderes e competência atribuídas às autoridades de resolução. Com efeito, ao consentir que as autoridades de resolução ao aplicarem os instrumentos de resolução aí previstos, sejam dispensadas de obter a aprovação dos acionistas e de cumprirem os requisitos procedimentais previstos no direito das sociedades ou da legislação relativa aos valores mobiliários, a disposições da Diretiva conflituam com os direitos de votos e de participação nas deliberações dos acionistas. Em igual sentido, a competência para as autoridades de resolução virem a nomear os membros dos órgãos administrativos à revelia dos acionistas, esvazia de sentido o direito de voto que estes possuem. Acresce que, não sendo os membros dos órgãos de administração nomeados pelas autoridades de resolução responsáveis perante os acionistas, esvaziam-se igualmente de sentido os seus direitos de controlo e fiscalização sobre os atos e omissões da administração, decorrente do exercício das funções para que foram incumbidos.

Em consideração da dispensa do cumprimento dos requisitos procedimentais previstos no direito das sociedades ou da legislação relativa aos valores mobiliários, a aplicação dos instrumentos de resolução, entre os quais, os instrumentos de alienação ou segregação de ativos, podem vir igualmente a afetar os interesses económicos dos acionistas.

Com efeito, a transferência de uma parte substancial ou de toda a atividade da instituição bancária objeto de resolução, quando tal ocorra em condições que não seriam expectáveis, afeta inevitavelmente os interesses económicos dos acionistas.

A tutela destes interesses, suscetível de integrar o direito de propriedade como vimos a propósito da nossa análise relativa à jurisprudência firmada pelo TEDH, fundamenta-se nas legítimas expectativas que possam ser criadas aquando da aquisição de ações.

Num plano meramente exemplificativo, que abre espaço ao debate em torno das legítimas expectativas, consideraremos novamente o caso português relativo ao *Banco Espírito Santo*.

Dias antes do Banco de Portugal anunciar a aplicação dos instrumentos de resolução ao *Banco Espírito Santo*, o, então, Presidente da República Portuguesa Aníbal António Cavaco Silva, anunciava, a 21 de julho de 2014, que “*O Banco de Portugal tem sido perentório e categórico a afirmar que os portugueses podem confiar no Banco Espírito Santo dado que as folgas de capital são mais que suficientes para cumprir a exposição que o banco tem à parte não financeira, mesmo na situação mais adversa*”<sup>774</sup>. Atendendo à importância política e institucional do titular do cargo de Presidente da República Portuguesa, não podemos descorar o efeito que tais declarações tenham produzido, sobretudo, em termos da confiança na solidez da instituição bancária e na decisão de investimento dos novos acionistas. Como é consabido, os mercados financeiros são altamente sensíveis e reativos às declarações dos agentes institucionais e políticos. As declarações do antigo Presidente da República Portuguesa, não se eximem dessa mesma consideração, sobretudo porque se veio a verificar que, decorridos apenas treze dias sobre as suas declarações, além de terem sido suspensas da bolsa de valores mobiliários – *PSI20* –, as negociações relativas às ações emitidas pelo *Banco Espírito Santo*, tendo sido igualmente aplicado, foram igualmente aplicados os instrumentos de resolução anteriormente examinados.

Neste contexto, faz sentido colocar a hipótese relativa à criação de legítimas expectativas de todos aqueles que, com base nessas declarações, vieram a torna-se acionistas da instituição bancárias em causa, bem como daqueles que, já pertencendo à estrutura acionista, reforçaram a sua posição através da aquisição

---

<sup>774</sup> Cf. TSF, (21 de julho de 2014), «*Portugueses podem confiar no Banco Espírito Santo*», garante Cavaco, Lisboa. Disponível para consulta em: <http://www.tsf.pt/economia/interior/portugueses-podem-confiar-no-banco-espírito-santo-garante-cavaco-4038266.html>

de novas ações. A questão é complexa, e exige que se responda em primeiro lugar à questão de saber se as declarações do antigo Presidente da República deram ou não azo a que uma legítima expectativa fosse criada. Recordando neste sentido a posição tomada pelo TEDH no caso *Pine Valley Developments Ltd v. Ireland*<sup>775</sup> e no caso *X v. The Federal Republic of Germany*<sup>776</sup>, as legítimas expectativas somente têm lugar quando ocorra um facto que coloque os indivíduos numa determinada situação jurídica, passível de ser enquadrada nos termos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. A mera expectativa que um facto futuro venha a ocorrer não configura uma legítima expectativa<sup>777</sup>. Salvo melhor entendimento, parece-nos que as declarações do antigo Presidente da República Portuguesa, ainda que apresentassem uma visão, à altura, otimista quanto à solidez financeira do *Banco Espírito Santo*, não nos permitem extrair um elemento jurídico que recaia no âmbito subjetivo e objetivo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Por tal razão, afastamo-nos da consideração de que, por via das declarações do antigo Presidente da República Portuguesa, geraram-se em determinados acionistas, uma legítima expectativa na aceção estabelecida pelo TEDH em relação ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH

Não obstante, devemos em todo o caso observar que, perante determinadas circunstâncias, as expectativas dos acionistas, desde que legítimas, podem ser defensáveis através do direito de propriedade, à semelhança daquilo que o TEDH deixou já firmado no caso *Centro Europa 7 S.R.L. v. Italy and Di Stefano v. Italy*, onde referiu que “(...) the concept of “possessions” in the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which **is not limited to the ownership of material goods** and is independent from the formal classification in domestic law. In the same way as material goods, certain **other rights and interests** constituting

---

<sup>775</sup> Cf. *Case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, Application No. 12742/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, November 29<sup>th</sup> of 1991.

<sup>776</sup> Cf. *Case of X v. the Federal Republic of Germany*, Application no. 8410/78, Council of Europe: European Commission of Human Rights, December 13<sup>th</sup> of 1979.

<sup>777</sup> Neste sentido, cf. *Case of X v. the Federal Republic of Germany*, Application no. 8410/78, Council of Europe: European Commission of Human Rights, December 13<sup>th</sup> of 1979, pp. 219 e 220.

*assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision (...)*” [destacado nosso]<sup>778</sup>.

Por tudo isto considerado, podemos concluir que os instrumentos e as medidas de resolução afetam uma panóplia de direitos e interesses dos acionistas das instituições bancárias objeto de resolução. Porém, não obstante de reconhecermos, no seguimento do TEDH, que os direitos dos acionistas são complexos e englobam uma série de outros direitos decorrentes da participação numa determinada instituição bancária<sup>779</sup>, optámos, em respeito ao nosso objeto de estudo, por realizar um exame focalizado no direito de propriedade dos acionistas, concretamente corporizado na titularidade e detenção de ações. Partindo desta premissa, analisaremos a conformidade dos instrumentos de resolução com os requisitos de proteção do direito de propriedade, recorrendo à metodologia aplicada pelo TEDH, e que consiste na verificação sequencial dos requisitos que justificam as restrições ao direito de propriedade. Tais requisitos, como enunciámos anteriormente, respeitam ao princípio da legalidade, à aferição de um interesse público, ao princípio da proporcionalidade, e à previsão de uma compensação.

## **6.2. Requisitos de proteção do direito de propriedade na aplicação dos instrumentos de resolução**

No seu preâmbulo, a Diretiva 2014/59/UE, reconhecendo a potencial conflitualidade entre os instrumentos de resolução e os direitos fundamentais dos acionistas, em particular, o direito de propriedade, salvaguarda que “ (...) só deverão ser tomadas medidas de resolução caso tal seja necessário para a defesa do interesse público, e **qualquer interferência nos direitos dos acionistas e dos**

---

<sup>778</sup> Cf. *Case of Centro Europa 7 S.R.L. v. Italy and Di Stefano v. Italy*, App. No. 38433/09, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 7<sup>th</sup> of 2012.

<sup>779</sup> Em conformidade com o TEDH: “(...) a share in a company is a complex object. It certifies that the holder possesses a share in a company together with the corresponding rights. This encompasses the right to a share to the company’s assets in the event of its being wound up, but other unconditioned rights, especially voting rights and the right to influence the company’s conduct”. Cf. *Case of Olczak v. Poland*, Application no. 30417/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, november 7<sup>th</sup> of 2002.

*credores resultante das medidas de resolução **deverá ser compatível** com a **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*** [destacado nosso]<sup>780</sup>.

A referência ao respeito pelos direitos fundamentais não se limita somente às disposições da CFDEU, não obstante do seu valor jurídico – igual aos Tratados da União Europeia – e da multiplicidade de referências a ela referentes na Diretiva 2014/59/UE. O dever de respeito das autoridades de resolução para com os “direitos, liberdades e os princípios reconhecidos”, engloba igualmente a CEDH<sup>781</sup>. A análise a que nos propomos realizar nos pontos seguintes, assenta num exame da conformidade entre os instrumentos de resolução e os requisitos de proteção enunciados no artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH. Esta opção por nós tomada tem por base as três seguintes ordens de razão.

Em primeiro lugar, uma análise estritamente baseada na CFDEU não seria conforme à tendência evolutiva do direito da União Europeia e do direito dos Estados-membros, padecendo de incompletude tendo em conta a futura adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950 – CEDH –, tal como previsto no artigo 6.º, n.º 2 do TUE e na configuração já assumida no projeto de adesão<sup>782</sup>. Este sentido é igualmente acautelado pela Diretiva, que no parágrafo 29.º do seu preâmbulo, impõe que as medidas de resolução se limitem ao necessário, e se conformem “ao direito da União”, mantem a referência em aberto, e permitindo assim, que futuras disposições ou instrumentos, se incluam no “direito da União” – como sucederá no caso da adesão, passando a CEDH a fazer parte do “direito da União”.

Em segundo lugar, e verificando que as diretivas, enquanto ato jurídico da União Europeia, vinculam os Estados-membros quanto aos resultados a alcançar,

---

<sup>780</sup> Cf. parágrafo 130.º do preâmbulo da Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

<sup>781</sup> Efetivamente, no parágrafo 130.º, observa-se que a “A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os direitos, as liberdades e os princípios reconhecidos, nomeadamente, pela Carta, nomeadamente o direito de propriedade, o direito à ação e a um tribunal imparcial e os direitos de defesa”. Cf. Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

<sup>782</sup> Cf. Fifth negotiation meeting between the cddh ad hoc negotiation group and the european commission on the accession of the european union to the european convention on human rights, 47+1(2013)008rev2, Final Report to the CDDH, Council of Europe, April 2013, Strasbourg.



deixando para as instâncias nacionais uma margem de atuação relativamente à adoção dos meios adequados às finalidades propostas, seria redutor da nossa parte, proceder a um exame alusivo à conformidade dos instrumentos de resolução e do direito de propriedade sem descortinar os requisitos do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH. Efetivamente, os Estados-membros ao transporem as Diretivas, ou ao aplicá-las, podem incorrer em violação dos direitos previstos na CEDH, à qual se encontram vinculados, e por esse motivo, serem alvo de uma queixa perante o TEDH nos termos dos artigos 34.º e 35.º da CEDH.

Por último, a necessária análise das disposições da CEDH resulta da própria Diretiva 2014/59/UE, que nos termos do parágrafo 49.º do seu preâmbulo refere que *“As limitações aos direitos dos acionistas e dos credores deverão ser conformes com o artigo 52.º da Carta”*, o qual, por sua vez, impõe que *“Na medida em que a presente Carta contenha **direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais** aos conferidos por essa Convenção”* [destacado nosso]. Além disso, como vimos a propósito do exame relativo ao artigo 17.º da CFDEU – direito de propriedade –, a sua consagração teve por base o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, reforçando assim o entendimento, da necessária análise desta última disposição.

A este elenco, podemos ainda acrescentar que a nossa opção de estudo não minora, em qualquer caso, o bloco de fundamentalidade da União Europeia e as competências das suas instituições europeias, sub-rogando-as à interpretação do TEDH. Em consonância com aquilo que frisámos no ponto concernente à adesão da União Europeia à CEDH, as jurisdições nacionais podem, a título de reenvio prejudicial, remeter questões ao TJUE sobre a interpretação ou a validade do direito europeu, possibilitando que este órgão jurisdicional se pronuncie. Também as instituições europeias poderão influir no juízo da conformidade das normas europeias com a CEDH, e pronunciar-se, no âmbito dos processos de co-demanda.

Não obstante deste elenque argumentativo, reconhecemos que a opção pela análise, que advoga pela prevalência do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH face aos termos da CFDEU, acarreta algumas nuances. Desde logo, a possibilidade de os acionistas apresentarem uma queixa perante o TEDH, suscita múltiplas questões,

às quais é devida uma reflexão prévia. Em conformidade com o parágrafo 88.<sup>o</sup> do preâmbulo da Diretiva: “De acordo com o artigo 47.<sup>o</sup> da Carta, as partes em questão têm direito a um processo de acordo com regras processuais adequadas e a um recurso efetivo contra as medidas que as afetem. Por conseguinte, as **decisões adotadas pelas autoridades de resolução deverão ser passíveis de recurso**” [destacado nosso]. Por conseguinte, uma das mais importantes questões que se colocam neste contexto é a de saber se os acionistas, e em particular os acionistas minoritários, podem recorrer perante o TEDH, independentemente da atuação da instituição bancária, enquanto pessoa coletiva que é.

Em vários casos, o TEDH e a Comissão têm mantido uma interpretação, algo restritiva, quanto à admissibilidade do recurso interposto pelos acionistas minoritários. No caso *Yarrow P.L.C. et al v. United Kingdom*, referente à nacionalização de uma empresa, a Comissão declarou a inadmissibilidade da petição apresentada com base nos argumentos de que, sendo os peticionários acionistas minoritários, as medidas de nacionalização aplicadas à empresa – *Yarrow* – não os envolve pessoalmente, ainda que reconhecesse que tais medidas vieram a reduzir o valor das ações de que eram titulares<sup>783</sup>. A Comissão acrescentou ainda, que o conceito de “vítima”, tal como se encontra previsto na CEDH, abrange todos aqueles que são diretamente visados pela nacionalização, excluindo como tal, todos aqueles que são afetados indiretamente, como sucede no caso dos acionistas<sup>784</sup>. Mais recentemente, no caso *Agrotexim Hellas v. Greece* – no qual os peticionários detinham, em conjunto, 51,35% das participações – a Comissão sublinhou que “(...) **the question whether a shareholder may claim to be victim of measures affecting a company cannot be determined on the sole criterion of whether the shareholder holds the majority of the company shares. This element is an objective and important indication but other elements may also be relevant**” [destacado nosso]<sup>785</sup>. Em sentido convergente, o TEDH, pronunciando-se acerca do mesmo caso, veio a clarificar o critério decisivo para tornar admissível uma petição apresentada pelos acionistas, afirmando que “(...) *the piercing of the*

---

<sup>783</sup> Cf *Case of Yarrow P.L.C. et al v. United Kingdom*, Appl. nos. 9266/81, 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9313/81, 9405/81, Council of Europe: Commission, January 28<sup>th</sup> of 1983, p. 185.

<sup>784</sup> Idem.

<sup>785</sup> Cf. *Case of Agrotexim Hellas and Others v. Greece*, App. No. 14807/89, Council of Europe: Commission, February 12<sup>th</sup> of 1992, parágrafos 155 e 156.

*“corporate veil” or the disregarding of a company’s legal personality **will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or - in the event of liquidation - through its liquidators**” [destacado nosso]*<sup>786</sup>.

Do exposto quanto aos critérios de admissibilidade das ações intentadas perante o TEDH, observa-se que os acionistas ocupam uma posição subsidiária em relação à pessoa coletiva – empresa, instituição bancária, *etc.* Seguindo o critério firmado, somente se torna admissível que os acionistas por sua iniciativa – conjunta ou individual – apresentem uma petição, perante a impossibilidade da instituição bancária o fazer.

Numa breve referência, observamos por outro lado, quanto à presente questão, que o Direito Internacional dos Investimentos Estrangeiros concede aos acionistas uma posição mais benévola do que aquela que é concedida pela CEDH à luz da jurisprudência do TEDH<sup>787</sup>. Partindo da premissa de que, com frequência, a nacionalidade de uma sociedade comercial e a nacionalidade dos acionistas não são coincidentes, o critério da nacionalidade, contrariamente àquilo que sucede no domínio dos direitos humanos, releva para a determinação do grau de proteção concedido aos acionistas.

O caso *Barcelona Traction*<sup>788</sup> tornou explícito o princípio segundo o qual, ao aceitar a realização de investimentos no seu território, os Estados assumem a obrigação de conceder um tratamento relativo aos investimentos estrangeiro – e portanto aos acionistas – em conformidade com o direito internacional geral<sup>789</sup>.

---

<sup>786</sup> Cf. *Case of Agrotexim and Others v. Greece*, App no. 14807/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, March 23<sup>rd</sup> and 26<sup>th</sup> of September 1995.

<sup>787</sup> *Apud* S. A. Alexandrov, The ‘Baby Boom’ of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as ‘Investors’ and Jurisdiction Ratione Temporis, 4 Law and Practice Intl Courts and Tribunals 19 (2005); C. S Chreuer, Shareholder Protection in International Investment Law, in: P.-M. Dupuy/B. Fassbender/M.N. Shaw et al. (eds.) *Völkerrecht als Wertordnung, Festschrift für Christian Tomuschat*, pp. 601-619 (2006). Cf. SCHEREUER, C., and KRIEBAUM, U. (2007), *The concept of property in human rights law and international investment law*, Human rights, democracy and the rule of law, *liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich, p. 745.

<sup>788</sup> Cf. International Court of Justice, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J., Reports 1970, p.3.

<sup>789</sup> Cf. parágrafo 92.º, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, I.C.J., Reports 1970, p.48.

Nesses termos, os acionistas dispõem da faculdade de recorrer perante um tribunal, a fim de fazerem valer os seus direitos e interesses<sup>790</sup>. Todavia, a solução providenciada pelo Tribunal Internacional de Justiça acarreta determinadas nuances, sobretudo relacionadas com a nacionalidade das sociedades comerciais. Observando que em relação a determinados Estados, a incorporação de uma sociedade comercial no território desses Estados é condição essencial para se classificar determinado investimento como “*investimento estrangeiro*” – ao qual, é por isso, aplicável o princípio enunciado no caso *Barcelona Traction* –, a presente solução exclui do seu âmbito todos os investimentos estrangeiros feitos realizados nas sociedades comerciais locais, minorando o alcance da proteção concedida aos acionistas.

No plano do direito internacional convencional, os *Bilateral Investments Treaties* – vulgarmente designados de “*BITS*” –, demonstram, na sua maioria, ter ultrapassado a questão deixada em aberto pela incompletude do princípio referido no caso *Barcelona Traction*. Na generalidade, os BITS incluem no conceito de “*investimento*”, o conjunto de ações que os cidadãos ou pessoas coletivas estrangeiras, detenham sobre as sociedades comerciais sediadas no território da outra Parte. Dessa forma, os acionistas recorrer a um tribunal para fazer valer os seus direitos e interesses, independentemente da atuação da sociedade comercial em causa<sup>791</sup>.

No caso *Alex Genin and others v. Republic of Estonia*<sup>792</sup>, o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos aceitou a ação interposta pelos acionistas com base na ideia de que o conceito de “*investimento*” implica o direito destes ao recurso perante um tribunal. O caso refere-se à anulação, pelo Banco Central da Estónia, da autorização concedida a instituição financeira constituída na Estónia para desenvolver a sua atividade. Com base nesta anulação, os requerentes – acionistas da instituição financeira em causa –

---

<sup>790</sup> Como salientam os autores Schreuer Christoph e Ursula Kriebaum: “Under a doctrine that emphasizes corporate personality, only the corporation’s – but not the shareholder’s – nationality would matter”. Cf. SCHREUER, C., and KRIEBaum, U. (2007), *The concept of property ...*, liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich, pp. 750.

<sup>791</sup> Neste sentido, vide SCHREUER, C., and KRIEBaum, U. (2007), *The concept of ...*, liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich, pp. 752 – 755.

<sup>792</sup> Cf. Case of *Alex Genin and others v. Republic of Estonia*, (ICSID Case No. ARB/99/2), Award, June 25<sup>th</sup> of 2001.

recorreram perante o tribunal arbitral, arguindo que o Banco Central da Estónia havia influído no seu direito de propriedade, uma vez que a anulação da autorização para o desenvolvimento da atividade financeira da instituição diminuiu o valor das suas ações. Por seu turno, a Estónia alegou pela inadmissibilidade da ação interposta pelos requerentes. Pronunciando-se sobre a questão, o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos veio a considerar que, de acordo com o *BIT* celebrado entre os Estados Unidos da América e a República da Estónia a 19 de abril de 1994, “*The term “investment” as defined in Art. I (a)(ii) of the BIT clearly embraces the investment of Claimants in EIB. The transaction at issue in the present case, namely the Claimants’ ownership interest in EIB, is an investment in “shares of stock or other interests in a company” that was “owned or controlled, directly or indirectly” by Claimants*” [destacado nosso]<sup>793</sup>.

Num outro caso, o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos veio igualmente a pronunciar-se sobre o direito à ação dos acionistas minoritários. No caso *CMS v. Argentina*<sup>794</sup>, que teve por base o Tratado Bilateral de Investimento<sup>795</sup> celebrado entre os Estados Unidos da América e a República da Argentina, a 14 de novembro de 1991, o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos veio a afirmar – perante a alegação da República da Argentina de que um acionista minoritário não possui o direito de recorrer perante uma entidade judicial pelos danos indiretos que haja sofrido quanto à sua participação na empresa<sup>796</sup> –, que no direito internacional, o acesso dos acionistas às instâncias judiciais não se encontrada vedado, independentemente do tipo de acionista<sup>797</sup>. Sendo que o preenchimento

---

<sup>793</sup> Cf. Case of *Alex Genin and others v. Republic of Estonia*, (ICSID Case No. ARB/99/2), Award, June 25<sup>th</sup> of 2001, parágrafo 354.

<sup>794</sup> Cf. Case of *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, September 25<sup>th</sup> of 2007. Disponível para consulta em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0183.pdf>

<sup>795</sup> Cf. Argentina - United States of America BIT (1991), disponível para consulta em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/162>

<sup>796</sup> Cf. Case of *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, September 25<sup>th</sup> of 2007, parágrafo 49.

<sup>797</sup> “The Tribunal therefore finds no bar in current international law to the concept of allowing claims by shareholders independently from those of the corporation concerned, not even if those shareholders are minority or non-controlling shareholders”. Cf. Case of *CMS Gas Transmission*

do conceito de “*investimento*” é condição necessária para que os direitos dos acionistas se encontrem protegidos, o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos, veio a afirmar neste sentido que: “*There is indeed **no requirement that an investment, in order to qualify, must necessarily be made by shareholders controlling a company or owning the majority of its shares. It is well known incidentally that, depending on how shares are distributed, controlling shareholders can in fact own less than the majority of shares***” [destacado nosso]<sup>798</sup>. Admitindo assim que o “*investimento*” se estende aos acionistas minoritários, o Centro Internacional, considerou que o *BIT* em causa, assegurava o direito dos acionistas a recorrer perante si, enquanto entidade arbitral.

Desta breve incursão pelo plano do direito internacional, observamos que a qualidade em que o acionista se encontra revestido – maioritário ou minoritário – não influi na consideração de que os mesmos dispõem de um direito de ação perante as restrições – diretas ou indiretas – que venham a sofrer quanto às suas participações, e consequentemente, quanto ao seu direito de propriedade.

Esta observação não deve, por conseguinte, eximir-se às considerações do TEDH. A aplicação dos instrumentos de resolução implica, na sua maioria, a substituição dos membros do órgão de administração das instituições bancárias objeto de resolução, inviabilizando, em grande medida, que a nova estrutura impulsione perante os tribunais nacionais uma ação judicial tendente a impugnar as medidas implementadas pelas autoridades de resolução. Como tal, somente através dos acionistas, sejam eles minoritários ou maioritários, é possível recorrer das decisões e das medidas de resolução aplicadas, para os efeitos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Tendo presente que este é o único meio capaz de fazer valer o direito de propriedade dos acionistas, de acordo com o artigo referido, procuramos nos pontos seguintes, aferir da conformidade dos instrumentos de resolução com os requisitos de proteção do direito de propriedade consignados na

---

Company v. The Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, September 25<sup>th</sup> of 2007, parágrafo 48.

<sup>798</sup> Cf. *Case of CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, 25 September 2007, parágrafo 51.

CEDH. Nesse sentido, acompanharemos e adotaremos o método de análise utilizado pelo TEDH.

#### **6.2.1. Requisitos do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH**

O método de análise casuística presente na jurisprudência assenta num exame lógico e sequencial dos requisitos presentes no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Este método principia pela verificação da existência de um “bem” que possa ser incorporado no conceito de propriedade. Somente após a verificação do preenchimento deste conceito, o TEDH prossegue no seu exame, determinando a existência de uma interferência que ocorra no âmbito do direito de propriedade e pela sua subsunção numa das “*Três Regras da Propriedade*”. Num terceiro momento, e partindo do princípio de que nenhum direito vale em absoluto, o Tribunal de Estrasburgo, procura atender à verificação dos requisitos que tornem as restrições ao direito de propriedade admissíveis. Em termos gerais, uma restrição ao direito de propriedade, apenas é passível de ser justificada quando a mesma respeite o princípio da legalidade, seja impulsionada por uma razão de interesse ou utilidade pública, seja adequada e proporcional ao fim que visa alcançar, e dê lugar a uma compensação.

Porque este é um método de análise rigoroso, seguro e que mais se adequa à prática jurisprudencial do TEDH, consideramos relevante adotá-lo no presente domínio, e assim, aferir da conformidade entre os instrumentos de resolução e o direito de propriedade previsto no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

##### **6.2.1.1. Existência de um “bem” incorporado no direito de propriedade**

As ações, enquanto títulos representativos de uma fração do capital social de uma sociedade comercial, possuem uma natureza híbrida, porquanto o seu significado encerra diferentes aceções no âmbito dos direitos humanos e no direito

comercial e das sociedades comerciais – ou, em maior alcance, no âmbito do direito internacional relativo aos investimentos.

Em ambos os ramos do Direito, a proteção da propriedade do acionista, padece de uma definição clara e rigorosa<sup>799</sup>. No âmbito no direito internacional, a Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 1965 refere-se ao “*investimento*” para designar a proteção concedida à propriedade dos acionistas<sup>800</sup>. Nos termos do seu artigo 25.º, n.º 1, a Convenção refere, quanto às competências do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos, que as mesmas abrangem “(...) *os diferendos de natureza jurídica diretamente decorrentes de um investimento entre um Estado Contratante e um nacional de outro Estado Contratante*” [destacado nosso]. Conquanto a Convenção não incluía elementos descritivos do conceito de investimento, a sucessiva definição dos seus elementos estruturais foi sendo progressivamente revelada pelos tribunais arbitrais<sup>801</sup> e pelos tratados de investimento bilaterais<sup>802</sup> – comumente designados de *BITS*.

---

<sup>799</sup> No mesmo sentido, vide SCHEREUER, C., and KRIEBAUM, U. (2007), *The concept of property in human rights law and international investment law*, Human rights, democracy and the rule of law, liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich, pp. 745.

<sup>800</sup> Cf. Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 18 de março de 1965, Washington.

<sup>801</sup> Quanto aos casos mais relevantes no âmbito do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos, vide os casos *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision on Jurisdiction, 9 March 1998, parágrafo 43; *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, (ICSID Case No. ARB/00/4), Settlement agreed by the parties, 4 February 2004, parágrafo 53; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision on Jurisdiction, 23 May 2004, parágrafo 133; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, (ICSID Case No. ARB/03/11), Settlement agreed by the parties, 16 december 2005, parágrafos 52 – 62; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, (ICSID Case No. ARB/03/29), Award rendered on August 27, 2009, parágrafos 130 – 138.

<sup>802</sup> Um dos exemplos mais relevantes quanto à determinação dos elementos estruturais do conceito reportado ao “investimento” consta do Tratado de Investimento Bilateral celebrado entre os Estados Unidos da América e a Argentina, que nos termos do seu artigo 1.º define o investimento como “(...) *every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment; (iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including sound recordings, inventions in all fields of human endeavor, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets, knowhow, and confidential business information, and trademarks, service marks, and trade names; and (v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law*”. Cf. *Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and*



Relativamente ao artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, vimos anteriormente, aquando da nossa análise ao escopo substantivo do direito de propriedade, que o conceito de “*bem*” adquire um sentido autónomo em relação ao direito interno dos Estados. Por diversas vezes, o Tribunal de Estrasburgo pronunciou-se neste sentido, fortalecendo o entendimento de que “(...) *the concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is independent from the formal classification in domestic law*”<sup>803</sup>.

A ausência de uma definição exata deste termo, não reduz o âmbito de proteção dos indivíduos e das pessoas coletivas, ao invés, permite ao TEDH, através de uma interpretação extensiva, englobar no direito de propriedade um conjunto variado de realidades. Tendo presente a exposição anteriormente elaborada, parece resultar de todo o regime do direito de propriedade, que o conceito de “*bem*”, para os efeitos relevantes do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, terá como referência o elemento patrimonial.

Para a análise que nos ocupa, e para que as ações sejam consideradas um bem integrante da propriedade dos acionistas, este elemento terá assim, que estar obrigatoriamente presente. Na jurisprudência do TEDH, a inclusão das ações como um bem da propriedade é já, uma questão pacífica. Na jurisprudência do TEDH, a inclusão das ações como um bem da propriedade dos acionistas revela ser uma questão solidamente pacífica. No caso *Bramelid and Malmström v. Sweden* – já analisado anteriormente – a Comissão veio a referir que “*A **company share** is a complex thing: certifying that the holder **possesses a share in the company**, together with the **corresponding rights** (especially voting rights), it also constitutes, as it were, an indirect claim on company assets. In the present case, there is no doubt that the NK shares **had an economic value**. The Commission is therefore of the opinion that, with respect to Art. 1 of the First Protocol, the NK shares held by the*

---

*Protection of Investment*, adotado em Washington D.C., a 14 de novembro de 1991, e em vigor entre as Partes desde de 20 de outubro de 1994. Disponível para consulta em: [http://www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/text.jsp?file\\_id=243242](http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=243242)

<sup>803</sup> Cf. *Case of The former King of Greece and Others v. Greece*, Application no. 25701/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 November 2000, parágrafo 60. *Vide* igualmente, - *Beyeler v. Italy*, App no. 33202/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, January 5<sup>th</sup> 2000, parágrafo 100.

*applicants were indeed “possessions” giving rise to a right of ownership*” [destacado nosso]<sup>804</sup>. O sentido aqui revelado pela Comissão, assenta precisamente na consideração pelo elemento patrimonial que deriva da titularidade das ações. Ao prescrever que estas possuem um valor económico – componente patrimonial – a Comissão concluiu que as mesmas integram o conceito de “bem”, dando azo a que, na esfera dos acionistas, se inscreva um direito de propriedade sobre as ações, tutelado por isso, pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Esta mesma orientação foi seguida no caso *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, onde o Tribunal de Estrasburgo veio reafirmar que “(...) *the shares held by the applicant company undoubtedly had an economic value and constituted “possessions” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1*”<sup>805</sup>.

Daquilo que acabamos de expor resulta assim que as ações são “bens” consagrados na propriedade dos acionistas, e como tal, integram o artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH. Nesse sentido, qualquer restrição que opere relativamente ao direito de propriedade dos acionistas tem de estar conformada com os requisitos estabelecidos na “Três Regras da Propriedade”, consagrados a propósito das restrições que importem a perturbação do usufruto pacífico da propriedade, que privem os acionistas da sua propriedade, ou que exerçam sobre essa propriedade um controlo quanto ao seu uso.

#### **6.2.1.2. As Três Regras da Propriedade relativas às restrições**

O artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH admite, perante a observância de determinados requisitos, que ao direito de propriedade sejam apostas determinadas restrições. Estas restrições – conhecidas como “Três Regras da Propriedade” – incidem sobre o direito de propriedade de diferentes formas. Conforme assinalado pelo TEDH: “*The first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first*

---

<sup>804</sup> Cf. *Case of Bramelid and Malmström v. Sweden*, Appl. nos. 8588/79 and 8589/79, Council of Europe: Commission, October 12<sup>th</sup> of 1982, p.82.

<sup>805</sup> Cf. *Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 27<sup>th</sup> of 2002, parágrafo 91.

*paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control use of property in accordance with the general interest (...) The three rules are not, however, 'distinct' in the sense of being **unconnected**. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule” [destacado nosso]<sup>806</sup>.*

No ponto precedente observámos que os poderes atribuídos às autoridades de resolução aquando da aplicação dos instrumentos de resolução consignados na Diretiva 2014/59/UE, contentem com os direitos dos acionistas, em particular, com o seu direito de propriedade. À luz das disposições dos artigos 38.º a 64.º da Diretiva, são conferidos poderes às autoridades de resolução para transferirem as ações e outros instrumentos de propriedade emitidos por uma instituição bancária objeto de resolução para uma instituição adquirente ou para uma instituição de transição; para extinguirem as ações ou diluírem a participação dos acionistas numa instituição bancária à qual se aplique o instrumento de recapitalização interna; para reduzir – até zero – o montante nominal de ações ou outros instrumentos de propriedade de uma instituição objeto de resolução; para exigirem que a autoridade relevante ponha termo ou suspenda a admissão à negociação num mercado regulamentado ou a cotação oficial de instrumentos financeiros por força da Diretiva 2001/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho; e para suprimirem os direitos a adquirir novas ações ou outros instrumentos da propriedade.

Em maior ou menos medida, os poderes das autoridades de resolução restringem o direito de propriedade dos acionistas. Ainda que a determinação pela aplicabilidade de uma das “*três regras*” exija um exame casuístico e obrigue à ponderação de todas circunstâncias que possam influir no caso, podemos afirmar que em abstrato, existem determinados poderes das autoridades de resolução, passíveis de acionar – tendencialmente –, a aplicação de uma regra específica.

---

<sup>806</sup> Cf. *Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, July 27<sup>th</sup> of 2002, parágrafo 90.

Tomando de exemplo a aplicação dos instrumentos de alienação da atividade ou da criação de uma instituição de transição, nos quais são conferidos poderes às autoridades para transferirem as ações emitidas por uma instituição bancária objeto de resolução para uma outra entidade, podemos verificar que tal acarreta – muito possivelmente – uma privação da propriedade do acionista. Neste sentido, vemos razão na subsunção do exemplo apresentado à “segunda regra da propriedade”, relativa privação da propriedade. Não obstante desta regra estar, sobretudo, vocacionada para os casos alusivos à expropriação, não podemos deixar de observar, salvo melhor opinião, que o critério da transferência de propriedade – *transfer of ownership* –, defendido pelo TEDH, é aplicável neste contexto<sup>807</sup>.

Da mesma forma, a aplicação de uma medida de resolução consubstanciada da redução do valor nominal das ações, não sendo uma medida privativa da propriedade ou que sobre a mesma envolve um controlo, adequa-se, por princípio, à regra geral relativa ao usufruto pacífico dos bens incorporados na propriedade dos seus titulares – primeira regra – prevista na primeira frase do primeiro parágrafo do artigo 1.º do Protocolo 1 da CEDH.

Todavia, considerando que o nosso exame incide sobre a conformidade entre os instrumentos de resolução e os requisitos de proteção do direito de propriedade, demonstrar-se-ia reducente proceder à determinação das “*Regras de Propriedade*” aplicáveis, sem que a análise incida sobre um caso concretamente delimitado. Acresce, que para efeitos da verificação dessa conformidade, a ausência de um caso concreto não restringe o alcance do nosso estudo. Tendo presente que as “Regras da Propriedade”, tal como referido na jurisprudência do TEDH, ainda que distintas não se encontram desconetadas – antes apresentam-se numa relação de especialidade –, verifica-se que ser-lhe-ão aplicáveis os mesmos requisitos quanto à admissibilidade das restrições. Entre tais requisitos, figuram – como de resto, expusemos neste trabalho –, o respeito pela legalidade, a utilidade pública da

---

<sup>807</sup> Cf. *Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden*, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, September 23<sup>rd</sup> of 1982, parágrafo 63. No mesmo sentido, vide OPRITOIU, Anemari-Iuliana (2012), *Protection of the Right of Property and De Facto Expropriation According to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, The International Conference Education and Creativity for a Knowledge Based Society – LAW, 2012, Titu Maiorescu University, p. 5.

medida empreendida, a proporcionalidade do meio utilizado, e a verificação de uma compensação.

#### 6.2.1.2.1. Requisito da Legalidade

Como vimos, o requisito da legalidade ínsito no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH relaciona-se com o primado do direito, traduzindo-se nas características essenciais da “lei”, conceito que por seu turno se reporta à segurança e a certeza jurídica, e às garantias processuais. Ao fazer referência às “*condições previstas pela lei*” ou à faculdade que os Estados possuem “*em vigor as leis que julguem necessárias*”, o presente artigo visa conferir previsibilidade jurídica no plano de incidência das restrições ao direito de propriedade. No seguimento da jurisprudência do TEDH, o requisito da legalidade afere-se não apenas em relação ao seu sentido formal, mas também quanto ao seu sentido material, isto é, relativo às suas características. No caso *James v. United Kingdom*, o Tribunal de Estrasburgo frisou que “*(...) the terms “law” or “lawful” in the Convention “[do] not merely refer back to domestic law but also [relate] to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law*”<sup>808</sup>. Reportado ao respeito pelo “*rule of law*”, a observância deste requisito exige uma disciplina jurídica assente na estatuição de normas jurídicas que, com suficiente publicidade, assegurem o alcance da certeza e da segurança jurídica. Neste âmbito inclui-se ainda – como defendemos anteriormente –, a estatuição de determinadas garantias processuais que permitam aos indivíduos acautelar os seus direitos<sup>809</sup>.

Em muitos outros casos o TEDH reportou-se ao requisito da legalidade como contraponto à arbitrariedade. No caso *Winterwerp v. Netherlands*, relativo à detenção de um cidadão belga, o Tribunal referiu que “*(...) in a democratic society subscribing to **the rule of law** (...) no detention that is **arbitrary** can ever be*

---

<sup>808</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 67.

<sup>809</sup> A consideração pela existência de determinadas garantias processuais que permitam aos indivíduos uma defesa dos seus interesses e direitos foi igualmente considerada no caso *Hentrich v. France*. Vide *Case of Hentrich v. France*, Application no. 13616/88, Council of Europe, September 22<sup>nd</sup> of 1994, parágrafos 34 – 36.

*regarded as "lawful"* [destacado nosso]<sup>810</sup>. Em sentido idêntico, no caso *Hentrich v. France*, no Tribunal considerou que a atuação das autoridades nacionais havia interferido com o direito de propriedade do peticionário de forma arbitrária e seletiva, e como tal, nas suas palavras, esta atuação “(...) *did not sufficiently satisfy the requirements of precision and foreseeability implied by the concept of law within the meaning of the Convention*”<sup>811</sup>.

Salvaguardando a necessidade de a verificação do cumprimento dos requisitos somente ser possível de aferir perante um caso concreto, é possível ajuizar, em abstrato, que a aplicação dos instrumentos e das medidas de resolução contidas na Diretiva 2014/59/UE não suscitam, por princípio, qualquer desconformidade com o requisito da legalidade. Para esta conclusão contribuem razões de várias ordens. Em primeiro lugar, enquanto ato jurídico da União Europeia, a Diretiva 2014/59/UE emanada dos órgãos dotados de competência legislativa, de acordo com o Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Em segundo lugar, os instrumentos e as medidas de resolução encontram-se concretamente tipificadas na Diretiva, prevendo, além do mais, a verificação de determinadas condições e requisitos como condição prévia da sua aplicação. Quanto a este aspeto, devemos ter em conta que a margem de discricionariedade pontualmente presente nos instrumentos de resolução não concede às autoridades de resolução um poder arbitrário. Os conceitos em presença são amplamente distintos, e veja-se a título de exemplo, que quando as disposições da Diretiva dispensam as autoridades de obter a aprovação dos acionistas para procederem à transferência das ações emitidas pela instituição bancária objeto de resolução para uma outra instituição, concedem-lhes, não um poder arbitrário, mas uma certa discricionariedade. Esta margem de discricionariedade alinha-se com os fundamentos da Diretiva, que visam dotar as autoridades de poderes que lhes permitam atuar rapidamente face às situações de insolvência das instituições bancárias. Por último, verifica-se que a Diretiva 2014/59/UE contempla uma série de salvaguardas inscritas nos termos

---

<sup>810</sup> Cf. *Case of Winterwerp v. the Netherlands*, Application no. 6301/73, Council of Europe: October 24<sup>th</sup> of 1979, parágrafos 39 e 45.

<sup>811</sup> *Vide Case of Hentrich v. France*, Application no. 13616/88, Council of Europe, 22 September 1994, parágrafo 42.

do artigo 85º, n.ºs 2 e 3, impondo sobre os Estados-membros, a obrigação de incluir e de assegurar nas disposições do direito nacional, “*que **todas as pessoas afetadas por uma decisão** de tomar uma medida de gestão de crise tenham o **direito de interpor recurso** contra essa decisão*” [destacado nosso].

Em consideração das razões precedentes, verificamos que, seguindo o entendimento estabelecido pelo TEDH relativamente às características essenciais a que respeita o primado do direito, as restrições ao direito de propriedade resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução previstos na Diretiva 2014/59/UE, respeitam o requisito da legalidade presente no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

#### 6.2.1.2.2. Requisito da Utilidade Pública

Para que as restrições ao direito de propriedade sejam compatíveis com as disposições do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, exige-se que as mesmas tenham em vista a satisfação de uma utilidade pública ou de um interesse geral. Essas mesmas exigências encontram-se presentes em vários pontos do preâmbulo da Diretiva 2014/59/UE. Por entre eles, a Diretiva dispõe que “(...) *só deverão ser tomadas medidas de resolução caso tal seja necessário para a **defesa do interesse público***”, sendo que “*Os **instrumentos de resolução** só deverão, por conseguinte, ser aplicados às instituições que estejam em situação ou em risco de insolvência e apenas quando tal for necessário para a **prossecução do objetivo de estabilidade financeira no interesse geral***” [Destacado nosso]<sup>812</sup>.

Ainda nos termos da Diretiva, verifica-se a existência de uma correlação entre a utilidade pública e a estabilidade financeira. Com efeito, refere o parágrafo 29.º do seu preâmbulo que “***As medidas** não deverão ser direta ou indiretamente discriminatórias em razão da nacionalidade, e **deverão ser justificadas por uma razão imperiosa de interesse público ligada à estabilidade financeira***. Além disso, *as medidas deverão **limitar-se ao mínimo necessário** para alcançar os **objetivos pretendidos***” [destacado nosso].

---

<sup>812</sup> Cf. parágrafo 13.º e 49.º da Diretiva 2014/59/UE.

O requisito relativo à utilidade pública ou interesse geral é necessariamente dinâmico e abstrato, uma vez que é passível de abranger uma multiplicidade de realidades. No seguimento do entendimento que o TEDH deixou expresso no caso *James v. the United Kingdom*<sup>813</sup>, compete às autoridades públicas determinarem quais as razões de interesse público que subjazem à aplicação de medidas que venham a restringir o direito de propriedade. Subjacente a ideia está a consideração de que as autoridades nacionais estão melhor posicionadas face ao Tribunal, para aferir das razões de utilidade pública que se encontram na base das restrições ao direito de propriedade, exceto quando seja manifesto a ausência de fundamento para arguir pela utilidade pública<sup>814</sup>.

No âmbito da aplicação dos instrumentos e das medidas de resolução previstas na Diretiva 2014/59/UE, os fundamentos correlacionados com a utilidade pública podem variar, ainda que, de grosso modo, se reconduzam à salvaguarda e manutenção da estabilidade financeira. Tomando de exemplo as medidas de resolução aplicadas pelo Banco de Portugal – enquanto autoridade de resolução – ao *Banco Espírito Santo, S.A.*, podemos verificar que as razões de utilidade pública que lhes presidiram, consubstanciaram-se na “*salvaguarda da solidez financeira do Banco Espírito Santo e dos interesses dos seus depositantes*”, na “*manutenção da estabilidade do sistema financeiro português*”, na “*prevenção de riscos sistémicos*”, na “*promoção do crédito à economia*”, e na “*salvaguarda dos interesses dos contribuintes*”<sup>815</sup>.

Não obstante das autoridades nacionais possuírem uma ampla margem de apreciação quanto determinação das razões de utilidade pública, as mesmas encontram-se sujeitas ao exame do TEDH, que procura aferir por uma conformidade entre os factos do caso concreto e os fundamentos invocados pelas autoridades nacionais sempre que estas apliquem medidas que direta ou

---

<sup>813</sup> Vide *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986,

<sup>814</sup> Nas palavras do TEDH “(...) the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is “in the public interest” unless that judgment be manifestly without reasonable foundation”. Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 46.

<sup>815</sup> Cf. Banco de Portugal, Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 3 de agosto de 2014, parágrafos 1 – 19.



indiretamente venham a restringir o direito de propriedade dos indivíduos e demais pessoas coletivas<sup>816</sup>.

Do exposto em relação ao regime da Diretiva 2014/59/UE, e em particular quanto aos instrumentos de resolução, foi possível observar que as autoridades de resolução somente podem aplicar as medidas de resolução aí previstas, quando estejam reunidas as condições descritas no artigo 32.º da Diretiva – relativas às “condições para desencadear a resolução” –, e após a realização da avaliação obrigatória – presente no artigo 36, sob a epígrafe “avaliação para fins de resolução”. A tipificação dessas condições e a enunciação das situações que despoletam a aplicação dos instrumentos de resolução minoram, em grande medida, a amplitude da margem de apreciação das autoridades de resolução relativamente aos interesses gerais e utilidade pública das medidas, ainda que em respeito ao requisito anterior, confirmam maior certeza e segurança jurídica.

Numa perspetiva geral, podemos concluir que as restrições ao direito de propriedade, resultantes da aplicação medidas de resolução presentes na Diretiva 2014/59/UE, compaginam-se, por princípio, com o requisito de utilidade pública.

Tendo presente os efeitos negativos provocados pelas crises económicas e financeiras de 2008 e 2012, em particular o risco de contágio sistémico das instituições bancárias europeias e os elevados custos das intervenções públicas nas instituições bancárias – *bail-out* – suportados pelos contribuintes, afigura-se legítimo, por princípio, que as restrições que as medidas de resolução oponham ao direito de propriedade dos acionistas, visem assegurar a estabilidade do sistema financeiro, defender os interesses dos contribuintes, e impedir o contágio da insolvência às demais instituições bancárias. Por conseguinte, consideramos que as restrições resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução encontram-se devidamente fundamentados em razões de utilidade pública, dando por observado requisito presente no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

---

<sup>816</sup> Este sentido decorre do próprio TEDH, que observa que “(...) although the Court cannot substitute its own assessment for that of the national authorities, it is bound to review the contested measures under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) and, in so doing, to make an inquiry into the facts with reference to which the national authorities acted”. Cf. Case of James and others v. the United Kingdom, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 46.

#### 6.2.1.2.3. Requisito da Proporcionalidade

Conforme resulta das disposições do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, e em particular, no âmbito da terceira regra, os Estados possuem a faculdade de “*pôr em vigor as leis que julguem **necessárias** para a regulamentação do uso dos bens*” [destacado nosso]. Não obstante do preceito ser referente à terceira regra – relativa à regulamentação ou controlo do uso dos bens –, o critério é transversal às demais “*Regras da Propriedade*”.

Do requisito da proporcionalidade resultam dois corolários: a necessidade e a adequação. As medidas adotadas pelas autoridades nacionais que importem a imposição de restrições ao direito de propriedade, deverão ter por base a satisfação de uma necessidade pública, e na sua concreta implementação, deverão adequar-se em relação ao fim que prosseguem. Por outras palavras, o corolário da necessidade exige que, por entre as várias medidas que as autoridades de resolução tenham ao seu dispor e que se revelem idóneas para realizar os objetivos que lhes estão subjacentes, sejam escolhidas, perante o caso concreto, aquelas que menos afetem o direito de propriedade dos acionistas. Por seu turno, o corolário da adequação impõe que o meio utilizado pelas autoridades de resolução, seja um meio típico, idóneo e apto a alcançar os fins inerentes aos instrumentos de resolução. Em conjunto, estes corolários permitem ajuizar pelo alcance de um “*justo equilíbrio*” entre os interesses gerais que as medidas de resolução visam prosseguir, e os requisitos de proteção do direito de propriedade. Conforme é referido pelo TEDH, “*An **interference with the peaceful enjoyment of possessions** must strike a “**fair balance**” between the demands of the **general interest** of the community and the **requirements of the protection** of the individual's fundamental rights. The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 (P1-1) as a whole, including therefore the second sentence, which is to be read in the light of the general principle enunciated in the first sentence. In particular, there must be a **reasonable relationship of proportionality** between the **means employed** and the **aim sought***

*to be realised by any measure depriving a person of his possessions*” [destacado nosso]<sup>817</sup>.

A Diretiva 2014/59/UE engloba uma série de previsões quanto ao requisito da proporcionalidade, prescrevendo nomeadamente que *“Os instrumentos de resolução só deverão, por conseguinte, ser aplicados às instituições que estejam em situação ou em risco de insolvência e apenas quando tal for **necessário** para a **prossecução** do objetivo de estabilidade financeira no **interesse geral**. Além disso, ao **aplicarem os instrumentos de resolução** e exercerem os poderes de resolução, deverão ser tidos em conta o **princípio da proporcionalidade** e as particularidades da forma jurídica da instituição”* [destacado nosso]<sup>818</sup>.

A Diretiva prossegue, referindo que *“A **interferência** nos direitos de propriedade **não deverá ser desproporcionada**. Os acionistas e credores afetados não deverão suportar perdas mais elevadas do que aconteceria se a instituição tivesse sido liquidada no momento em que é tomada a decisão de desencadear a resolução”* [destacado nosso]<sup>819</sup>. O princípio orientador de que os acionistas não deverão ser afetados além das perdas que teriam de suportar se a instituição bancária fosse liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência – *“no-creditor-worse-off principle”* –, previsto nos artigos 34.º, n.º 1, alínea g), e 74.º da Diretiva, inculca igualmente a consideração de as medidas de resolução deverão respeitar o princípio da proporcionalidade.

Não obstante de considerarmos que, em abstrato, as restrições resultantes da aplicação dos instrumentos e medidas de resolução se compaginam com o requisito da proporcionalidade exigido pelo artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, devemos observar que a proporcionalidade somente pode ser observada *in casu*. Por esse motivo, a Diretiva contém igualmente disposições que permitem corrigir as eventuais desconformidades resultantes da avaliação que antecede a aplicação de instrumentos de resolução, salvaguardando o princípio de que *“nenhum credor saia prejudicado”*.

---

<sup>817</sup> Cf. Case of Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium, Application No. 17849/91, Council of Europe: Commission, November 20<sup>th</sup> of 1995, parágrafo 38.

<sup>818</sup> Cf. parágrafo 49.º da Diretiva 2014/59/UE.

<sup>819</sup> Cf. parágrafo 50.º da Diretiva 2014/59/UE.

Nos termos do artigo 36.º, n.º 8 da Diretiva, exige-se que esta avaliação inclua uma estimativa do tratamento que cada categoria de acionistas e credores previsivelmente teria, se a instituição bancária fosse liquidada segundo os processos normais de insolvência. Porém, e porque se trata de uma estimativa, a disposição supramencionada garante que *“Essa estimativa não afeta a aplicação do princípio de que «nenhum credor saia prejudicado», previsto no artigo 74.º”*.

A presente regra vale igualmente para as estimativas provisórias. Nos termos dos n.ºs 9, 10 e 11 do artigo 36.º da Diretiva, são concedidos poderes às autoridades de resolução para que procedam ao aumento do *“valor dos créditos na posse dos credores ou titulares de instrumentos de capital relevantes que tenham sido reduzidos no âmbito do instrumento de recapitalização interna”*, ou para que incumbam uma *“instituição de transição ou um veículo de gestão de ativos de efetuar um novo pagamento de contrapartida no que respeita aos ativos, direitos e passivos à instituição objeto de resolução ou, consoante o caso, no que respeita às ações ou instrumentos de propriedade aos titulares das ações ou de outros instrumentos de propriedade”*, quando a estimativa resultante da avaliação definitiva *ex post* preveja que o valor patrimonial da instituição bancária objeto de resolução seja superior à estimativa apurada pela avaliação provisória.

A salvaguarda pelo princípio de que *“nenhum credor saia prejudicado”*, permite-nos concluir que mais do que uma medida corretiva da estimativa, a previsão normativa do artigo 36.º consagra uma medida relativa à proporcionalidade, alinhada com as disposições do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

Ainda no âmbito da proporcionalidade, vimos anteriormente que este requisito exige que entre os interesses gerais e os requisitos de proteção do direito de propriedade dos acionistas se alcance um *“justo equilíbrio”*. Sem antecipar a análise relativa à compensação, que influi determinantemente na consideração pelo justo equilíbrio, devemos procurar determinar qual o fundamento que nos permita ajuizar pela verificação do princípio da proporcionalidade, aquando da aplicação dos instrumentos de resolução. Recordando que os interesses gerais assentam maioritariamente na manutenção da estabilidade financeira, a restrição

ao direito de propriedade dos acionistas encontra fundamento nos seguintes argumentos.

Em primeiro lugar, a intervenção pública – *bail-out* –, enquanto modelo de assistência das instituições bancárias em situação ou risco de insolvência, faz impender sobre todos os contribuintes um encargo excessivo, sendo conhecidos os efeitos adversos que este tipo de intervenção acarreta para as económicas nacionais e para a dívida soberana. Nessa medida é adequado que os acionistas e os credores, enquanto investidores, absorvam, em primeira linha, as perdas resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução.

Em segundo lugar, afigura-se razoável supor que subjacente a qualquer investimento realizado, encontra-se presente o risco de perda desse mesmo investimento. Sobre esse ponto de vista, a absorção das perdas resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução mais não seria do que a assunção de um risco inerente ao investimento realizado. Pelo contrário, consideramos ser desproporcional que a intervenção pública nas instituições bancárias em situação ou risco de insolvência faça pender a absorção de perdas sobre todos os contribuintes. As políticas “*too big to fail*” baseadas na ideia de que as insolvências de determinadas instituições bancárias acarretariam um enorme impacto para a economia e como tal impunham a necessidade da intervenção das autoridades nacionais, sobretudo, através do resgate público – *bail-out* –, revelaram-se ineficazes para conter os riscos sistémicos do setor bancário, além de que levaram, em muitos casos, ao aumento da dívida pública e do défice dos Estados.

Por último, consideramos que a Diretiva, ao prever que nenhum acionista ou credor sofra perdas superiores às que teria sofrido se a instituição bancária fosse liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência, evidencia a conformidade entre as medidas de resolução – que conduzem às restrições ao direito de propriedade dos acionistas – e o requisito relativo ao respeito do princípio da proporcionalidade. Com efeito, a autoridades de resolução ao aplicarem os instrumentos de resolução, enquanto alternativa à liquidação da instituição bancária em situação ou risco de insolvência, fazendo recair sobre os acionistas e os credores a absorção das perdas, até ao limite da sua responsabilidade, não introduzem nas suas esferas jurídicas um encargo que se

possa classificar como excessivo, tendo em consideração que idêntico resultado seria produzido através dos processos normais de insolvência.

Em conclusão, e tendo em conta todos os fundamentos aqui expressos, somos levados a crer que o requisito relativo à proporcionalidade é, por princípio, integralmente observado pelas disposições da Diretiva. Conforme salientámos anteriormente, a exata análise quanto à observância do princípio da proporcionalidade, tendente ao alcance de um “*justo equilíbrio*” somente é passível de ser realizada casuisticamente. No entanto, dado que as disposições normativas da Diretiva compreendem um elenco taxativo – e até restrito – dos poderes conferidos às autoridades de resolução e dos instrumentos de resolução aplicáveis, a ausência de um caso concreto, não diminui o alcance da nossa conclusão.

#### 6.2.1.2.4. Requisito da Compensação

Vimos que do princípio da proporcionalidade derivam dois corolários respeitante ao princípio da necessidade e da adequação das medidas restritivas do direito de propriedade. A consideração por estes corolários permite ajuizar pelo alcance do “*justo equilíbrio*” entre os requisitos de proteção do direito de propriedade e os interesses gerais. Por seu turno, a existência de uma compensação é igualmente determinante para a aferição de um “*justo equilíbrio*” entre os interesses gerais e os requisitos de proteção dos direitos de propriedade.

A compensação surge assim como um requisito implícito, mas transversal a toda a lógica estruturante do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, sem o qual, como refere o TEDH, “(...) *the protection of the right of property it affords would be largely illusory and ineffective in the absence of any equivalent principle*”<sup>820</sup>. Enquanto requisito, a compensação, na senda daquilo que vimos anteriormente, não se traduz num direito ao pagamento de uma compensação integral. As razões de utilidade pública e de interesse geral, em particular consideração pelas razões económicas e financeiras, poderão igualmente influir na determinação do montante compensatório. Esta posição tem sido assumida pelo TEDH em vários

---

<sup>820</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 54.

dos casos que lhe foram presentes. Conforme assinalado pelo Tribunal, “(...) *the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a **disproportionate interference** which could not be considered justifiable under Article 1 (P1-1). **Article 1 (P1-1) does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of “public interest”, such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value**” [destacado nosso]<sup>821</sup>.*

Transpondo este raciocínio para o plano das restrições que por via das medidas dos instrumentos e das medidas resolução incidam sobre o direito de propriedade, exige-se que haja lugar ao pagamento de um montante compensatório. A Diretiva 2014/59/UE contém importantes disposições relativas à compensação, que permitem descortinar pela conformidade com o requisito ora em exame. Desde logo, nos termos do ponto 50.<sup>o</sup> do seu preâmbulo a Diretiva dispõe de duas referências importantes quanto à compensação. Em primeiro lugar, ao especificar que “*A interferência nos direitos de propriedade não deverá ser desproporcionada. Os acionistas e credores afetados não deverão suportar perdas mais elevadas do que aconteceria se a instituição tivesse sido liquidada no momento em que é tomada a decisão de desencadear a resolução*”, a Diretiva traz à colação o princípio de que “*nenhum credor saia prejudicado*”, obrigando as entidades de resolução nacionais ao pagamento de um montante compensatório nos termos que veremos de seguida, caso este princípio seja desrespeitado. Em segundo lugar, quanto aos acionistas cujas ações não hajam sido transferidas para um adquirente ou para a instituição de transição, e por que por isso se englobam no remanescente da instituição bancária objeto de resolução, a Diretiva dispõe, sob o mesmo ponto do seu preâmbulo, que “*Para **proteger os acionistas e os credores remanescentes no quadro dos procedimentos de liquidação da instituição, estes deverão ter direito a receber em pagamento ou em indemnização pelos seus***

---

<sup>821</sup> Cf. Case of Lithgow and others v. the United Kingdom, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, 8<sup>th</sup> July 1986, parágrafo 121. Em igual sentido, vide Case of James and others v. the United Kingdom, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 54; e Case of Chassagnou and others v. France, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, April 29<sup>th</sup> of 1999, parágrafo 85.

*créditos, e no quadro dessa liquidação, um valor não inferior ao que se estima que receberiam se a instituição tivesse sido totalmente liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência” [destacado nosso].*

Em ambos os casos – relativos aos acionistas cujas ações hajam sido transferidas e aos acionistas cujas ações hajam permanecido no remanescente da instituição bancária objeto de resolução – verifica-se o seu recondicionamento ao princípio de que *“nenhum credor saia prejudicado”*. Este princípio corporiza-se nas disposições dos artigos 73.º e seguintes da Diretiva 2014/59/UE, relativos às salvaguardas e tratamento dos acionistas aquando da aplicação dos instrumentos de resolução. O Capítulo VII da Diretiva, sob a epígrafe das “Salvaguardas”, prevê, quanto aos acionistas cujas ações não hajam sido transferidas para uma outra instituição bancária, ou cujas ações hajam sido reduzidas no âmbito da aplicação do instrumento de recapitalização interna, o pagamento de um valor, no mínimo equivalente, ao valor que os mesmos obteriam se a instituição bancária objeto de resolução fosse liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência no momento em que as autoridades de resolução tomaram conhecimento, por notificação ou por sua iniciativa, de que a instituição se encontrava em situação ou risco de insolvência.

Para que seja possível determinar pela concreta posição dos acionistas, *i.e.*, para que se possa determinar que nenhum acionista sofreu perdas mais elevadas do que aqueles que resultariam pela liquidação da instituição bancária ao abrigo dos processos normais de insolvência, o artigo 74.º da Diretiva, obriga a que os Estados-membros realizem uma avaliação após a aplicação dos instrumentos ou das medidas de resolução. Esta avaliação, distinta da avaliação prevista no artigo 36.º, realiza-se tendo por objetivo a determinação do tratamento concedido aos acionistas, em particular, da diferença existente no tratamento concedido aos acionistas num quadro de aplicação dos instrumentos de resolução e o tratamento que os mesmos teriam recebido por via da liquidação da instituição bancária resultando dos processos normais de insolvência. Se desta avaliação resultar que o tratamento efetivo dos acionistas levou a que os mesmos sofressem prejuízos maiores do que aqueles que os mesmos teriam sofrido por via da liquidação da instituição bancária nos termos dos processos normais de insolvência, o artigo



75.º, assegura que os mesmos têm direito ao pagamento da diferença pelos mecanismos de financiamento da resolução.

Ainda que o cumprimento do requisito da compensação somente seja possível de aferir perante o caso concreto, as salvaguardas contidas na Diretiva 2014/59/UE permitem-nos concluir que, efetivamente, os interesses dos acionistas são devidamente acautelados, garantindo – por princípio – o alcance do “*justo equilíbrio*”.

Por entre os vários exemplos apresentados, referentes às instituições bancárias às quais foram aplicados os instrumentos de resolução previstos na Diretiva, torna-se pertinente atender novamente ao caso *Andelskassen JAK Slagelse*. O caso é particularmente relevante tendo em conta desfecho negativo resultante da aplicação dos instrumentos de resolução. Como expusemos anteriormente quanto ao presente caso, a aplicação conjunta dos instrumentos de criação de uma instituição de transição e da recapitalização interna, não permitiram ao *Andelskassen JAK Slagelse*, e à instituição de transição, manter a sua atividade, dada as impossibilidades de proceder à sua alienação. Vimos também, que perante tal impossibilidade, ambas as instituições foram liquidadas ao abrigo dos processos normais de liquidação. Porém, verificou-se que o custo resultante da aplicação dos instrumentos de resolução foi 50% maior do que o custo hipoteticamente resultante do processo normal de liquidação, razão pela qual se torna admissível arguir pela possível desproporcionalidade das medidas e da sua desconformidade com os requisitos de proteção contidos no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH<sup>822</sup>. As razões de utilidade pública que consubstanciam a aplicação dos instrumentos de resolução previstos na Diretiva, devem, à semelhança do que estudámos, atingir um “*justo equilíbrio*” para com os requisitos de proteção do direito de propriedade dos acionistas. Este equilíbrio verifica-se, não apenas sobre a necessidade e adequação das medidas, mas também em relação à compensação. Com efeito, a admissibilidade da aposição de restrições ao direito de propriedade dos acionistas não se compagina com a ineficácia da aplicação das medidas de resolução e a

---

<sup>822</sup> Cf. Finansielt Stabilitet, (2015), Annual Report – 2015. Disponível para consulta em: <https://www.finansieltstabilitet.dk/Default.aspx?ID=814&PID=1263&M=NewsV2&Action=1&NewsId=809>

consequente impossibilidade de defesa dos interesses gerais que subjazem aos instrumentos de resolução. Tendo as medidas de resolução restringindo parte ou mesmo a totalidade da participação dos acionistas na instituição objeto de resolução, sem que as autoridades de resolução lograssem alcançar os propósitos que animam a aplicação e justificação dos instrumentos de resolução, levando inclusive ao aumento dos custos resultantes da sua aplicação, torna-se defensável arguir pelo encargo excessivo suportado pelos acionistas.

O caso *Andelskassen JAK Slagelse* é, por tudo isto considerado, um paradigma naquilo que se reporta às fragilidades dos instrumentos de resolução. Em idêntico sentido, o caso demonstra que, não obstante da Diretiva 2014/59/UE acautelar devidamente a observância de princípio “*nenhum credor saia prejudicado*”, e consequentemente do direito a uma compensação, a atuação das autoridades de resolução nacionais aquando da aplicação dos instrumentos e medidas de resolução, poderá originar interferências injustificadas no direito de propriedade dos acionistas.

A conclusão a retirar relativamente à compatibilidade da Diretiva 2014/59/UE com o requisito da compensação não é inteiramente unívoca ou isenta de dúvidas. Observe-se por um lado, que na grande maioria das decisões do TEDH relativamente às restrições ao direito de propriedade, o pagamento de um montante compensatório figura como requisito obrigatório para que se possa concluir pelo alcance de um “*justo equilíbrio*”, e logo, pela compatibilidade da restrição em causa com a disposição do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Por outro lado, observa-se que nas disposições da Diretiva 2014/59/UE suprarreferidas, a compensação somente é devida nos casos em que se verifica existir uma diferença de tratamento entre o quadro de aplicação das medidas de resolução e o tratamento que os acionistas haviam recebido caso se aplicassem os procedimentos normais de liquidação ao abrigo da lei interna dos Estados. Além desta compensação, a posição dos acionistas somente é passível de ser assegurada por via do princípio de que “*nenhum credor saia prejudicado*”, sem que, no entanto, o princípio envolva *à priori*, o pagamento de um montante indemnizatório.

Como se verificou, o pagamento de um montante compensatório é uma condição essencial, tendo o TEDH já enunciado pelo seguinte: “*As far as Article 1*

(P1-1) is concerned, the **protection of the right of property** it affords **would be largely illusory and ineffective in the absence** of any equivalent principle. Clearly, **compensation terms** are material to the assessment whether the contested legislation respects **a fair balance between the various interests at stake** and, notably, whether it does not impose a disproportionate burden on the applicants” [destacado nosso]<sup>823</sup>.

Defendendo – como o fazemos – que as restrições ao direito de propriedade resultantes da aplicação de uma medida de resolução, através da qual sejam transferidas as ações dos acionistas para uma outra instituição, configuram uma medida de privação da propriedade nos termos da segunda regra da propriedade, ínsita na segunda frase do primeiro parágrafo do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, afigura-se clara a exigência do pagamento de um montante compensatório.

Porém, ao verificarmos que o pagamento de um montante indemnizatório somente tem lugar caso venha a ser apurado que os acionistas vieram a sofrer perdas mais elevadas do que aquelas que viriam a sofrer caso a liquidação ocorresse ao abrigo de processo normal de liquidação nos termos da lei interna dos Estados, dificilmente podemos considerar que as disposições da Diretiva 2014/59/UE se compatibilizam com os requisitos de proteção do direito de propriedade, à luz do sentido jurisprudencial do TEDH.

Admitimos, no entanto, que outras posições possam ser tomadas em perspetiva do requisito da compensação. É certo que com a exigência deste requisito pretende-se alcançar um *“justo equilíbrio”* entre os interesses gerais e os requisitos de proteção dos direitos de propriedade. Verificando que o alcance deste *“justo equilíbrio”* é passível de ser confirmado pelo princípio de que *“nenhum credor saia prejudicado”* e pelas salvaguardas relativas ao tratamento dos acionistas, que impedem que a estes seja imposto um encargo excessivo, torna-se defensável arguir pela conformidade da Diretiva 2014/59/UE com o requisito do pagamento de um montante indemnizatório.

---

<sup>823</sup> Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 54.

Não descorando a importância desta posição e dos argumentos que a mesma encerra, verificamos que o sentido da jurisprudência do TEDH é inequívoco em relação à exigência do pagamento de um montante compensatório, ainda que tal exigência não confira aos lesados o direito a uma compensação integral<sup>824</sup>. Por este motivo, tomamos posição no sentido encontrar nas medidas de resolução previstas na Diretiva 2014/59/UE que venham restringir o direito de propriedade dos acionistas ao ponto de os privar das suas ações, uma desconformidade com os requisitos de proteção ínsitos no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. As medidas de resolução a que aludimos respeitam essencialmente à transferência ou extinção de ações a coberto dos instrumentos de alienação de atividade, de criação de instituição de uma instituição de transição, e de recapitalização interna.

Quanto aos demais instrumentos e medidas de resolução que não importem a privação da propriedade – ações – dos acionistas, e que contendam somente como o usufruto pacífico dos seus bens ou com o controlo do seu uso, somos levados a tomar uma posição mais moderada, porquanto a compensação continue igualmente a figurar como um requisito, a questão torna-se mais líquida, não acarretando uma desconformidade, por princípio. Acresce, como vimos, que relativamente às medidas de resolução que venha a afetar indiretamente o direito de propriedade dos acionistas, como sucede em relação aos acionistas e credores remanescentes, a diretiva prevê que estes tenham “(...) *direito a receber em pagamento ou em indemnização pelos seus créditos, e no quadro dessa liquidação, um valor não inferior ao que se estima que receberiam se a instituição tivesse sido totalmente liquidada ao abrigo dos processos normais de insolvência*” [destacado nosso]<sup>825</sup>.

Por tudo isto considerado, observamos que, não obstante, da generalidade das medidas e instrumentos de resolução presentes na Diretiva 2014/59/UE se apresentarem conformes à maioria dos requisitos de proteção presentes no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, o requisito relativo ao pagamento de um montante

---

<sup>824</sup> Como salientado pelo TEDH: “Article 1 (P1-1) does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances. Legitimate objectives of “public interest”, such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value”. Cf. *Case of James and others v. the United Kingdom*, Application no. 8793/79, Council of Europe, February 21<sup>st</sup> of 1986, parágrafo 54.

<sup>825</sup> Cf. ponto 50.º do prêmabulo da Diretiva 2014/59/UE.

indemnizatório dificilmente se verifica quanto aos instrumentos de alienação de atividade, de criação de instituição de uma instituição de transição, e de recapitalização interna, tornando inadmissível a sua justificação por via do incumprimento do requisito da compensação. Da conclusão precedente resulta assim, que no particular âmbito destes instrumentos, é altamente provável que ocorra uma violação no âmbito do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

*6.2.1.2.5. Considerações acerca da conformidade entre os instrumentos de resolução e os requisitos de proteção do direito de propriedade*

O direito de propriedade, à semelhança dos demais direitos humanos, não é um direito absoluto. Conquanto sejam admissíveis restrições ao direito de propriedade, exige-se igualmente o cumprimento dos requisitos de proteção insertos no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Em consonância com aquilo que examinamos anteriormente, estes requisitos respeitam ao princípio da legalidade, à existência de um interesse geral, à proporcionalidade, e ao pagamento de uma compensação. A aferição individual e sequencial de todos estes requisitos prefigura a metodologia adotada pela TEDH, e que também por nós é seguida.

Para que uma restrição possa estar justificada é essencial que todos os requisitos de proteção do direito de propriedade se encontrem verificados. A não verificação de qualquer um destes requisitos importa a violação do direito de propriedade nos termos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Como tal, a adequada análise ao âmbito das restrições envolve uma ponderação particularizada destes requisitos.

Assim, quanto ao princípio da legalidade, traduzido no primado do direito, verificamos o enquadramento jurídico-normativo dos instrumentos e medidas de resolução contidos na Diretiva 2014/59/UE conferem suficiente publicidade para se possa asseverar pela certeza e a segurança jurídicas. Acresce, que a presente Diretiva inclui medidas de salvaguarda dos interesses e direitos dos acionistas, assim como se encontra prevê o direito de recurso das decisões das autoridades de resolução, cumprindo com as garantias processuais dos indivíduos e demais

peças coletivas. Nestes termos, pode-se afirmar que tanto no seu aspecto formal, quanto no seu aspecto material o requisito referente à legalidade encontra-se verificado.

Quanto à necessidade de satisfação de uma necessidade pública, observa-se que o TEDH é consistente na admissibilidade de uma ampla margem de apreciação concedida aos entes públicos. Em função do seu posicionamento e da sua proximidade com o público, os entes públicos são, por princípio, aptos a conhecer os interesses e necessidades públicas. As restrições ao direito de propriedade que advêm da implementação dos instrumentos de resolução compaginam-se com a necessidade de estabilidade financeira da economia nacional, com a defesa dos interesses dos contribuintes e com a necessidade de evitar o contágio às demais instituições bancárias. Tendo por base os fundamentos enunciados, o requisito relativo à utilidade pública ou interesse geral tem-se assim por verificado.

O requisito da proporcionalidade impõe que se observe pela necessidade e adequação da medida restritiva do direito de propriedade, permitindo que se alcance um *“justo equilíbrio”* entre os interesses gerais e os interesses dos indivíduos. A inclusão, na Diretiva, do *“no-creditor-worse-off principle”* releva, em abstrato, um especial zelo para com o princípio da proporcionalidade. Ao prever que nenhum acionista ou credor suportará perdas mais elevadas do que aquelas que teria que suportar por via da aplicação dos processos normais de insolvência, a Diretiva delimita o alcance das medidas de resolução das autoridades. Dessa forma, as restrições resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução cumprem, em teoria, o requisito da proporcionalidade, considerando não apenas o limite dos encargos dos acionistas consagrado pelo *“no-creditor-worse-off principle”*, mas tendo em conta igualmente, que o limite das perdas imputadas aos acionistas se circunscreve ao investimento realizado, e consequentemente, ao montante da sua responsabilidade. Ambas as razões contribuem para concluir que aos acionistas não é colocado um encargo excessivo, atingindo-se assim, um *“justo equilíbrio”* entre os interesses em presença. Por nossa parte, defendemos igualmente a conformidade das disposições da Diretiva 2014/59/UE com o requisito da proporcionalidade.

A justificação das restrições exige, por último, que haja lugar ao pagamento de um montante compensatório. Como mencionado, este é um requisito implícito que resulta da lógica estruturante da CEDH, e que permite, em conjugação com o princípio da proporcionalidade, determinar pelo *“justo equilíbrio”* entre os interesses gerais e os requisitos de proteção dos direitos dos acionistas. Também neste domínio, o *“no-creditor-worse-off principle”* influi na determinação quanto ao cumprimento deste critério. O artigo 75.º da Diretiva corporiza o *“no-creditor-worse-off principle”* ao enunciar que nos casos em que se venha a verificar que os acionistas remanescentes vieram a suportar uma perda superior àquela que resultaria dos processos normais de insolvência, os mesmos têm direito ao pagamento de uma compensação. Todavia como verificámos, com exclusão do *“no-creditor-worse-off principle”* e do artigo 75.º – relativo ao tratamento dos acionistas cujas ações não tenham sido transferidas aquando da aplicação dos instrumentos de resolução ou que, no particular âmbito da recapitalização interna, tenham visto as suas ações reduzidas –, a Diretiva 2014/59/UE não contém qualquer previsão normativa que imponha ou preveja o pagamento de um montante compensatório aos acionistas. Como observámos, a jurisprudência do TEDH é explícita quanto à necessidade do cumprimento deste requisito. Acompanhando a posição do TEDH, somos levados a considerar que os instrumentos de resolução, ao abrigo dos quais sejam aplicadas medidas que venham a privar os acionistas da sua propriedade, têm-se por não conformes com o requisito que exige o pagamento de uma compensação, e logo, violam o disposto do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.

Face ao exposto, e ainda que consideremos que a Diretiva 2014/59/UE respeite em grande medida os requisitos de proteção do direito de propriedade dos acionistas, verificamos que relativamente a determinados instrumentos de resolução a mesma asserção não se confirma. As restrições ao direito de propriedade somente são admissíveis quando se realizem em respeito do princípio da legalidade e da proporcionalidade, prossigam um interesse geral, e dêem lugar ao pagamento de um montante compensatório. Quando tal não suceda, por não se encontrarem verificados um ou mais requisitos, a restrição tem-se por não admissível e por contrária às disposições do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH. Esse parece ser o caso relativo aos instrumentos de resolução que acarretam para os acionistas a privação das suas ações, sem acautelar o pagamento de um

montante compensatório. No seguimento do exposto, os instrumentos de alienação de atividade, de criação de uma instituição de transição, e da recapitalização interna, por via dos quais as ações sejam transferidas para outras instituições ou sejam extintas, não incluem qualquer disposição que permita aferir pelo pagamento de um montante compensatório. Ainda que aceitemos que o “*no-creditor-worse-off principle*” e o artigo 75.º da Diretiva acautelem fortemente os restantes princípios, estes elementos não são por si, garantidores do pagamento de um montante compensatório. Como tal, e salvo melhor opinião, defendemos que quanto a estes instrumentos e medidas de resolução concretamente identificados, o direito de propriedade dos acionistas é violado, implicando assim, uma (potencial) desconformidade entre a Diretiva 2014/59/UE e o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH.



## **Conclusão**

A apetência globalizadora dos mercados financeiros e da atividade do setor bancário, impulsionou a criação de uma rede económica e financeira interdependente e interfuncional. A influência que os mercados financeiros exercem entre si, ainda que permita alcançar uma maior coesão económica, deixa a descoberto as vulnerabilidades dos vários setores de atividade ao contágio das crises económico-financeiras. A crise do norte-americana do “*subprime mortgage*”, de 2008, é disso exemplo. Aquilo que principiou por ser uma crise no setor imobiliário, rapidamente veio alastrar ao setor bancário, levando à falência uma das maiores instituições bancárias norte-americanas e mundiais, o *Banco Lehman Brothers*. A reação negativa dos mercados financeiros propagou a crise económica e financeira além-fronteiras, atingindo em particular, o setor bancário europeu. Entre os anos de 2008 e 2012, várias instituições bancárias europeias, face à exposição que tinham no mercado internacional, tornaram-se insolventes. A necessidade de zelar pela estabilidade económica e de acautelar o impacto que a insolvência de uma instituição bancária poderia gerar em termos macroeconómicos, impeliu os Estados a intervir no setor bancário. Prosseguindo o princípio político-económico “*Too big to fail*”, vários Estados europeus procederam ao resgate público (*Bail-out*), das instituições bancárias europeias em situação de insolvência. As múltiplas, e por vezes sequenciais, intervenções estaduais impuseram sobre os contribuintes europeus um encargo excessivo, e a crise do setor bancário, rapidamente veio a implicar um aumento da dívida soberana e do défice público.

A urgente necessidade de proteger os contribuintes europeus e de minorar o impacto das insolvências bancárias na economia interna dos Estados, levou a União Europeia a adotar um conjunto de instrumentos jurídicos que permitissem, com suficiente previsibilidade e segurança, regulamentar o setor bancário europeu. Nesse sentido, a União Europeia instituiu, no seio da Zona Euro, uma União Bancária, assente numa estrutura de três pilares: o Mecanismo Único de Supervisão, o Mecanismo Único de Resolução, e o Sistema de Garantia de Depósitos (ou Mecanismo Único de Garantia de Depósitos). Através deste novo sistema, os Estados-membros passaram a dispor de um conjunto de regras unificado e

coerente, que veio a exigir um esforço de coordenação entre as entidades nacionais e as instituições europeias, com particular destaque para o Banco Central Europeu. Uma das grandes inovações que o novo regime europeu introduziu, materializou-se no princípio de que os acionistas e os credores deverão, em primeira linha, suportar uma parte adequada das perdas resultantes da aplicação dos instrumentos de resolução. Esta alteração representa uma mudança de paradigma no seio das resoluções bancárias. De um sistema preferencial de “*Bail-out*”, o novo regime europeu veio a instituir um sistema caracterizado pelo “*Bail-in*”, impondo aos acionistas e aos credores das instituições bancárias objeto de resolução, a absorção, em primeiro plano, das perdas resultantes das medidas de resolução que venham a ser implementadas.

Nesse sentido, a Diretiva 2014/59/UE veio a conceder poderes às autoridades de resolução para que, no âmbito da aplicação dos instrumentos de resolução, pudessem transferir as ações detidas pelos acionistas para outras instituições bancárias e instituições de transição, ou pudessem reduzi-las ou extingui-las no âmbito da recapitalização interna. Em consequência, a aplicação dos instrumentos de resolução previstos na Diretiva 2014/59/UE implicam que o direito de propriedade dos acionistas viesse a ser restringido, tornando-se por isso necessário, descortinar em que medida a aposição de restrições é passível de ser admissível.

Neste âmbito, procurámos desde logo examinar a consagração e o respetivo regime do direito de propriedade à luz dos vários sistemas de proteção dos direitos humanos. Principiando pelo sistema universal, observámos que o direito de propriedade, não obstante de se encontrar aclamado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, não se inclui por entre os vários direitos consagrados nos Pactos Internacionais. Todavia, e ainda que os Pactos Internacionais sejam instrumentos juridicamente vinculativos, a ausência da consagração do direito de propriedade no seu catálogo de direitos políticos, cívicos, económicos, sociais e culturais, não implica a sua exclusão. Razões estritamente políticas e ideológicas estiveram na base da ausência da sua previsão jurídica, ainda que como vimos, houvesse entre os membros da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos, concordância acerca da existência de um direito humano à propriedade.

Por seu turno, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos consagram uniformemente o direito humano à propriedade. A União Africana, a Organização dos Estados Americanos, e o Conselho da Europa demonstram ser uniformes quanto à previsão e ao regime do direito de propriedade. Ainda que pontuais diferenças os permitam distinguir, foi por nós analisado, que os sistemas regionais exercem uma influência mútua em torno de si próprios, com particular destaque para o Conselho da Europa, cujo Tribunal, parece inspirar os demais sistemas regionais.

Com efeito, a análise realizada ao regime do direito de propriedade focou-se essencialmente no plano da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em particular, sob o artigo 1.º do Protocolo n.º 1. Sobre o direito de propriedade, estudámos o seu escopo temporal, pessoal, territorial e substantivo. Deste exame, pudemos extrair como principal conclusão que o direito de propriedade, consagrado nos termos do artigo 1.º da Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, possui um largo alcance material, sobretudo em função das realidades que abrange. Como oportunamente deixámos referido, a sucessiva construção jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, tem vindo a incluir no conceito de “*bens*” todas as situações jurídicas das quais seja possível extrair um elemento patrimonial. Como tal, fazem parte do conceito de propriedade, todos os bens corpóreos e incorpóreos, materiais e imateriais, e ainda todas as situações jurídicas de onde se possa aferir a existência de legítimas expectativas e de interesses económicos que demonstram uma correlação suficiente com o elemento patrimonial.

Ainda no âmbito do direito de propriedade, vimos à luz do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em que moldes se tornam admissíveis as restrições ao direito de propriedade. Em concreto, observámos que o direito de propriedade consagra as “*três regras da propriedade*” que se correlacionam com o tipo de restrição em causa. A primeira destas regras incide sobre o usufruto pacífico dos bens incorporados na propriedade dos indivíduos e das pessoas coletivas. A segunda regra refere-se à privação do uso dos bens. A terceira e última regra reporta-se ao controlo sobre o uso dos bens dos indivíduos e pessoas coletivas. Ainda que a segunda e terceira regra encerrem uma

relação de especialidade face à primeira regra, como tivemos oportunidade de referir, as mesmas encontram-se interconectadas, partilhando dos mesmos requisitos quanto à sua admissibilidade. Nesse domínio, foi-nos possível concluir que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, exige quanto a admissibilidade das restrições, que se encontrem observados os requisitos relativos ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, à existência de uma necessidade de satisfação de um interesse público, e ao pagamento de um montante compensatório. Através da exposição de todos estes requisitos, aos quais aduzimos um leque variado de casos que fazem parte da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, concluímos que a não observância de um destes requisitos, importa a violação do direito de propriedade, nos termos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Tendo presente a análise que subsequentemente realizámos ao recente sistema estabelecido com a criação de uma União Bancária, observámos em concreto, cada um dos seus pilares. No âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, atentámos à composição resultante do Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro e do Regulamento (UE) n.º 468/2014 do Banco Central Europeu de 16 de abril de 2014. No modelo de supervisão deste Mecanismo, observámos que existe uma distinção entre as instituições bancárias “*mais significativas*”, as quais se encontram sob a supervisão diretiva do Banco Central Europeu, e as instituições bancárias “*menos significativas*”, as quais se incluem na supervisão diretiva das autoridades nacionais competentes e na supervisão indireta do Banco Central Europeu. Vimos igualmente, que a distinção entre estes dois tipos de instituições bancárias se realiza, para efeitos de supervisão, por recurso a critérios quantitativos e qualitativos, relacionados com a dimensão das instituições bancárias, com a importância económica das mesmas, com as atividades no território de outros Estados-membros, ou ainda, com a assistência pública que tenha recebido.

Quanto ao Mecanismo Único de Resolução, vimos que este mecanismo visa assegurar a resolução ordenada das instituições bancárias em situação ou risco de insolvência, recorrendo a um conjunto de instrumentos de resolução, previstos na Diretiva 2014/59/UE, entre os quais se incluem os instrumentos de alienação de

atividade, os instrumentos de criação de uma instituição de transição, os instrumentos de segregação de ativos e os instrumentos de recapitalização interna. Concluímos anteriormente, que a aplicação destes instrumentos interfere, em maior ou menor medida, com os direitos dos acionistas.

Nesse sentido, observando o plano de aplicação dos instrumentos de resolução, identificámos que as restrições daí resultantes incidem sobretudo no direito de propriedade dos acionistas e nos direitos correlacionados com a qualidade de acionista, tais como os direitos de voto, de participação nas deliberações, e de controlo e fiscalização. Em respeito ao direito de propriedade, resulta que a aplicação dos instrumentos de resolução, ao autorizarem as autoridades de resolução a proceder à transferência de ações ou à sua extinção ou redução, contentem com o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos de Homem.

A confrontação entre as restrições provocadas pela aplicação dos instrumentos de resolução e os seus requisitos de admissibilidade que tutelam a proteção do direito de propriedade dos acionistas, não foi realizada sem antes se ter descortinado sobre a competência jurisdicional do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia, à luz do atual projeto sobre o acordo de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que dá ânimo ao artigo 6.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia. Com base nesse exame concluímos que, embora o Tribunal de Justiça da União Europeia preserve a sua autonomia interpretativa e a sua exclusividade para, a título prejudicial, se pronunciar sobre a interpretação dos Tratados e sobre a interpretação e validade dos atos jurídicos da União Europeia, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos termos resultantes do projeto sobre o acordo de adesão, será competente para apreciar os processos que lhe sejam submetidos, aferindo da compatibilidade entre o direito da União Europeia e as disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Partindo da conclusão precedente, e por considerando a utilidade de antecipar os termos da adesão, procedemos à confrontação entre as restrições provocadas pela aplicação dos instrumentos de resolução e os requisitos de

proteção do direito de propriedade, consagrados nos termos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos de Homem.

Nesse sentido, e aplicando a metodologia presente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, concluímos que uma restrição somente se tem por admissível quando esteja em conformidade com o princípio da legalidade e da proporcionalidade, vise satisfazer uma necessidade de interesse geral, e dê lugar ao pagamento de um montante compensatório. Nesses termos, examinámos individualizadamente cada um dos requisitos enunciados, tendo concluído que as disposições da Diretiva 2014/59/UE relativas aos instrumentos de resolução que importem para os acionistas a privação total dos seus “bens” (ações), ao não preverem o pagamento de um montante compensatório, desrespeitam um dos requisitos essenciais, presentes no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da CEDH, e como tal, violam o direito de propriedade.

Efetivamente, esta é a grande conclusão a retirar do nosso estudo. Não obstante de se verificar que as disposições da Diretiva 2014/59/UE referentes aos instrumentos de alienação de atividade, de criação de uma instituição de transição e de recapitalização interna, se alinham com os requisitos justificativos das restrições ao direito de propriedade, referentes ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, e à satisfação de um interesse público, as mesmas, ao não preverem o pagamento de um montante compensatório incumprem com um dos requisitos essenciais que preside à admissibilidade das restrições. Como tal, as disposições da Diretiva 2014/59/UE referentes aos instrumentos de resolução concretamente identificados violam o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Admitimos, no entanto, que a nossa posição possa dar azo a várias críticas. Em primeiro lugar, verificando que a nossa análise é realizada num plano teórico e não casuístico, a conclusão pela violação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem é meramente tendencial e prospetiva. Em segundo lugar, e quanto ao conteúdo material dos argumentos que suportam esta conclusão, é possível contrapor que através do “*no-creditor-worse-off principle*”, o “*justo equilíbrio*” entre os interesses gerais e os requisitos de proteção do direito de propriedade é passível de ser alcançado, ainda que não haja lugar ao

pagamento de um montante compensatório. Esta solução privilegia claramente os elementos materiais em detrimento dos elementos formais. Contudo, dela nos afastámos por considerar, que é mais correto e rigoroso, basear a nossa análise de acordo com os elementos essenciais que presidem à justificação e admissibilidade das restrições que venham a ser apostas ao direito de propriedade, entre os quais figura o pagamento de um montante compensatório.

Não obstante das críticas que sejam naturalmente devidas ao nosso estudo, consideramos que o grande objetivo a que nos propusemos se encontra cumprido. Com efeito, ao longo da nossa exposição enunciamos em detalhe todo o regime do direito de propriedade; analisámos em profundidade os elementos fundamentais da União Bancária, e em particular, os instrumentos de resolução previstos na Diretiva 2014/59/UE; terminando pela confrontação das restrições ao direito de propriedade dos acionistas com os seus requisitos de proteção, tal como figuram no artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O nosso estudo é um contributo para um melhor conhecimento do regime do direito de propriedade e dos instrumentos de resolução que se encontram presentes nos mecanismos da, recém-criada, União Bancária Europeia. Em particular, nosso estudo aprofundámos a análise relativa ao regime do direito de propriedade, tal como este se encontra estabelecido nos termos do artigo 1.º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. De igual modo, através da nossa exposição, prestámo-nos a um exame minucioso dos instrumentos de resolução, estabelecidos no âmbito do Mecanismo Único de Resolução, e corporizados pela Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014.

Enquanto contributo para o Direito e para a investigação académica em geral, consideramos que o nosso estudo constitui uma mais-valia, na medida em que permite perspetivar com suficiente minúcia e acuidade a incidência dos instrumentos de resolução na esfera jurídica dos acionistas, no contexto da resolução das instituições bancárias. Da nossa exposição resulta igualmente uma melhor compreensão da arquitetura jurídica da União Bancária e dos mecanismos de que recorre para harmonizar e controlar o setor bancário dos Estados-membros

da Zona Euro. Desta forma, o nosso estudo permite responder à questão de saber em que moldes concretos é acautelado o direito de propriedade dos acionistas face ao regime europeu de falências bancárias.



## **Bibliografia**

### **A) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ACQUAVIVA, Guido (2007), Human rights violations before international tribunals: reflections on responsibility of international organizations, Leiden journal of international law, United Kingdom.
- ALVAREZ, Luis Ernesto Arévalo (1997), El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos, 1.ª edición, Lupus Magister, Puebla, México.
- AZILOTTI, Dionisio (1905), Teoria generale della responsabilità dello stato: nel diritto internazionale, F. Lumachi, Firenze.
- BADERIN, Mashood A. and SSENYONJO, Manisuli (2010), International Human Rights Law Six Decades after the UDHR and Beyond, Ashgate Publishing Limited, England.
- BAPTISTA, Eduardo Correia (2004), Direito Internacional Público, Coimbra Editora, Coimbra, volume II.
- BARRETO, Irineu Cabral (2015), A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 5.ª edição revista e atualizada, Leya, Lisboa.
- BLAY, Sam, PIOTROWICZ Ryszard W. and TSAMENYI, B. Martin (2005), Public International Law: An Australian Perspective, 2.nd edition, Oxford University Press, Australia and New Zealand.
- BOCCUZZI, Giuseppe (2016), The European Banking Union: Supervision and Resolution, 1st edition, Palgrave Macmillan Studies in Banking and Financial Institutions, England.
- Brian Orend, (2002), Human rights: concept and context, Broadview Press, Canada.
- BRITO, Wladimir (2014), Direito Internacional Público, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2012), Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, Volume II.
- CARSS-FRISK, Monica (2001), The right to property: guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Belgium.

- CASSESE Antonio, (2005), International Law, 2nd edition, Oxford University Press Inc., New York.
- CUNHA, Joaquim da Silva e PEREIRA, Maria da Assunção (2004), Manual de Direito Internacional Público, 2.<sup>a</sup> edição, Livraria Almedina, Coimbra.
- DIHN, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain (2003), Direito Internacional Público, tradução de Vítor Marques Coelho, 2.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- DIXON, Martin (2000), Textbook on International law, 4th edition, Oxford University Press Inc., New York.
- DUARTE, Maria Luísa (2011), Estudos sobre o Tratado de Lisboa, Almedina, Coimbra.
- EVANS, Malcolm and MURRAY, Rachel (2006), The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986–2006, second edition, Cambridge University Press, United Kingdom.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna (2001), Teoría de los derechos humanos: conocer para practicar, Editorial San Estaban, Salamanca.
- GITTLEMAN, Richard (1982), "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A Legal Analysis", Virginia Journal of International Law, Vol. 22.
- GOLAY, Christophe and CISMAS, Ioana (2010), Legal Opinion: The Right to Property from a Human Rights Perspective, Geneva academy of international humanitarian law and human rights, Geneva.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2003), Manual de Direito Internacional, Livraria Almedina, Coimbra.
- GRGIÆ, Aida MATAKA, Zvonimir Matija Longar and VILFAN, Ana (2007), The right to property under the European Convention on Human Rights - A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols, Council of Europe, Belgium.
- GROUSSOT, X., Lock, T., e PECH, L., (2011) EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of October 14th of 2011, Policy Paper, Foundation Robert Schuman, European Issues, n.º 218, 7 de novembro de 2011.
- ISHAY, Micheline R. (2008), The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era, University of California Press, London.

- IVORY, Radha (2014), *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*, Cambridge University Press, United Kingdom.
- JAYAWICKRAMA, Nihal (2002), *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- KELSEN, Hans e CAMPAGNOLO, Umberto (1999), *Diritto internazionale e Stato sovrano*, Giuffrè editore, Milano.
- KLABBERS, Jan (2014), *International Law*, 4th edition, Cambridge University Press, Glasgow.
- KUCURADI, Ioanna (2013), *Human rights: concepts and problems*, Institut International de Philosophie, LIT Verlag, Münster.
- LOCKE, John (1821), *Two Treatises on Government*, R. Butler, London.
- MACHADO, Jónatas E. M. (2013), *Direito Internacional – Do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra.
- MAJONE, Giandomenico (2006), *Federation, Confederation, and Mixed Government: A EU-US Comparison*, in *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, edited by Menon, Anand; Schain, Martin A., Oxford.
- MARTINS, Ana Maria Guerra (2011), *Direito internacional dos Direitos Humanos*, Livraria Almedina, Coimbra.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2015), *Curso de Direito Internacional Público*, 9.<sup>a</sup> edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo
- MCCANN, Timothy M. (1982), “The American Convention on Human Rights: Toward Uniform Interpretation of Human Rights Law”, in *Fordham International Law Journal*, The Berkeley Electronic Press, Volume 6, Issue 3.
- MCHANGAMA, Jacob (2011), *The Right to Property in Global Human Rights Law*, Cato Policy Report, New York, Vol. XXXIII No.3.
- MERRILLS, J. G. (1995), *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, second edition, Manchester University Press.
- MESQUITA, M.J., (2011), *Reflexos breves sobre a adesão da União Europeia à CEDH à luz do Tratado de Lisboa. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. IV, 1.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora.

- MIRANDA, Jorge (2009), Curso de Direito Internacional, 4.<sup>a</sup> edição, Principia, Cascais.
- MONIZ, G., (2013), Os termos da adesão da UE à CEDH: da soberania do Bósforo ao escrutínio total, periódico do CIEDA e do CEIS20, n.º 9 julho/dezembro, 2013.
- PASQUALUCCI, Jo M. (2013), “The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human”, 2nd edition, Cambridge University Press, New York
- PINDER, John (2010), Federal democracy in a federal Europe, in Federal Democracies, edited by Michael Burgess and Alain-G. Gagnon, Routledge, Abingdon, Oxon.
- PIOVESAN, Flávia (2008), Propriedade Intelectual: proteção internacional e constitucional, in Lições de direito constitucional: em homenagem ao professor Jorge Miranda, 1.<sup>a</sup> edição, Editora Forense, Rio de Janeiro.
- QUADROS, Fausto de (1998), A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público, 1.<sup>a</sup> ed., Edições Almedina, Coimbra.
- SCHACHTER, Oscar (1991) International Law in Theory and Practice, 2nd edition, M. Nijhoff Publishers, Boston, volume 13.
- SCHÜTZE, Robert (2012), European Constitutional Law, Cambridge University Press, Cambridge.
- SOUSA, Fernando Mário Machaqueiro e CARVALHO, Sérgio de (1993), Os Direitos Humanos e a Escola, Sintra Editora, Sintra.
- TAVARES, Raquel, (2013), Direitos humanos: de onde vêm, o que são e para que servem?, 2.<sup>a</sup> edição, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa.

## **B) ARTIGO CIÊNTIFICO**

- HART, James W. (2010), The European Human Rights System, 102 Law Libr. J. 533.
- MURPHY, Maria Helen (2013), The Relationship between the European Court of Human Rights and National Legislative Bodies: Considering the Merits and the Risks of the Approach of the Court in Surveillance Cases, Irish Journal of Legal Studies, vol. 2. ISSN 2009-6410.

- OPRITOIU, Anemari-Iuliana (2012), Protection of the Right of Property and De Facto Expropriation According to the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, The International Conference Education and Creativity for a Knowledge Based Society – LAW, 2012, Titu Maiorescu University.
- SCHREUER, Christoph and KRIEBAUM, Ursula (2007), The concept of property in human rights law and international investment law, Human rights, democracy and the rule of law: liber amicorum Luzius Wildhaber, Zürich, pp. 743-762. ISBN 9783037510025.

### **C) DOCUMENTOS CONSULTADOS**

- Asia Pacific Forum of National Human Rights Institutions, (2012), International Human Rights and the International Human Rights System - A Manual for National Human Rights Institutions, Australia.
- Associação Portuguesa de Bancos, (2015), União Bancária: O novo quadro de Supervisão e Regulação.
- Austrian Agency to Development, (2010), Human Rights Manual Guidelines for Implementing a Human Rights Based Approach in ADC, Vienna.
- Basel Committee on Banking Supervision, (2012), Core Principles for Effective Banking Supervision, Bank for International Settlements.
- Documento de reflexão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre determinados aspetos da adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Luxemburgo, 5 de maio de 2010.
- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, (2006), Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Commission, Brussels.
- European Parliament, Directorate-General for Internal Policies and Economic Governance Support Unit, In-depth analysis: “bail-ins” in recent banking resolution and state aid cases, 7 July 2016, PE 574.395.
- Fifth negotiation meeting between the cddh ad hoc negotiation group and the european commission on the accession of the european union to the

European Convention on Human Rights, 47+1(2013)008rev2, Final Report to the CDDH, Council of Europe, April 2013, Strasbourg.

- Inter-American Commission of Human Rights, report on terrorism and human rights, Doc. 5 rev. 1 corr., OEA/Ser.L/V/II.11622, October 2002.
- Office of the High Commissioner for Human Rights, (2004), Human Rights, a basic handbook for UN Staff, United Nations, New York.
- Office of the High Commissioner for Human Rights, (2004), Human Rights, a basic handbook for parliamentarians, United Nations, New York.
- Steering Committee for Human Rights (CDDH), Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDH(2011)009, 14 October 2011, Strasbourg.
- Steering Committee for Human Rights (CDDH), Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (CM/Del/Dec(2011)1126/4.1, CM(2011)149).
- UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons, United Nations, New York.
- World Bank Group, Financial Sector Advisory Center, (2016), Bank resolution and “bail-in” in the EU: selected case studies pre and post BRRB – Andelskassen: Resolution via Bridge Bank and Bail-in Including of Uninsured Depositors.

## **D) JURISPRUDENCIA**

### **a. Tribunal de Justiça da União Europeia**

- Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz, Case 44/79, Judgment of the Court of 13 December 1979, (ECLI): ECLI:EU:C:1979:290
- J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities, Case 4/73, Judgement of the Court of Justice of 14 May 1974, (ECLI): ECLI:EU:C:1974:51

- DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH v. Bundesrepublik Deutschland, Case C-279/09, Judgement of the Court of Justice of 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:811
- Kadi v Commission, Case T-85/09, Judgement of the Court of Justice of 18 july 2013, ECLI:EU:C:2013:518

#### **b. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

- Agosi v. the United Kingdom, Application no. 9118/80, Council of Europe, 24 October 1986.
- Agrotexim and Others v. Greece, App no. 14807/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 March and 26 September 1995.
- Agrotexim Hellas and Others v. Greece, App. No. 14807/89, Council of Europe: Commission, 12 february 1992.
- Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal, Appl. Nos. 29813/96 and 30229/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, 11 January 2000.
- Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, Application no. 73049/01, Council of Europe: European Court of Human Rights, 11 January 2007.
- Austria v. Italy, 788/60, Council of Europe: Commission, Decision of 11 January 1961.
- Beyeler v. Italy, App no. 33202/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, 5 January 2000.
- Beyeler v. Italy, Judgment of January 05, 2000, App. No(s). 33202/96
- Blečić v. Croatia, 59532/00, Council of Europe: European Court of Human Rights, 29 July 2004.
- Bosphorus v. Ireland, Application no. 45036/98, Council of Europe: European Court of Human Rights, 30 june 2005.
- Bramelid and Malmström v. Sweden, Appl. nos. 8588/79 and 8589/79, Council of Europe: Commission, 12 October 1982.
- Brumărescu v. Romania, Application no. 28342/95, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 October 1999.

- Centro Europa 7 S.R.L. v. Italy and Di Stefano v. Italy, App. No. 38433/09, Council of Europe: European Court of Human Rights, 07 July 2012.
- Chassagnou and others v. France, Applications nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Council of Europe, 29 April 1999.
- Handyside v. The United Kingdom, Application n. 5493/72, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 December 1976
- Hentrich v. France, Application no. 13616/88, Council of Europe, 22 September 1994.
- Hingitay and other v. Denmark, 18584/04, Council of Europe: European Court of Human Rights, 12 January 2006.
- Iatridis v. Greece, Application no. 31107/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, 25 March 1999.
- James and others v. the United Kingdom, Application no. 8793/79, Council of Europe, 21 February 1986.
- Karamitrov and Others v. Bulgaria, 53321/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, 10 January 2008.
- Lithgow and others v. the United Kingdom, Application no. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Council of Europe, 8 July 1986.
- Loizidou v. Turkey, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 February 1995.
- M. & Co. v. the Federal Republic of Germany, Application no. 13258/87, Council of Europe: Commission decision of 9 February 1990.
- Malhous v. Czech Republic, 33071/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, 13 December 2000.
- Marckx v. Belgium, Appl. nos. 6833/74, Council of Europe: European Court of Human Rights, 27 April 1979.
- Mellacher v. Austria, Application no. 10522/83; 11011/84; 11070/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, 19 December 1989.
- Mrkić v. Croatia, 7118/03, Council of Europe: European Court of Human Rights, 8 June 2006.
- Müller v. Austria, Application No. 5849/72, Council of Europe: European Commission of Human Rights, 16 December 1974.



- Olczak v. Poland, Application no. 30417/96, Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 november 2002.
- Papamichalopoulos and Others v. Greece, 14556/89, Council of Europe: European Court of Human Rights, 24 June 1993.
- Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland, Application No. 12742/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, 29 November 1991.
- Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium, Application No. 17849/91, Council of Europe: Commission, 20 November 1995.
- S. v. the United Kingdom, Application No. 11716/85, Council of Europe: Commission 26 August 1985.
- Scollo v. Italy, Application no. 19133/91, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 September 1995.
- Sovtransavto Holding v. Ukraine App. No. 48553/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, 27 July 2002.
- Sporrang and Lönnroth v. Sweden, Application no. 7151/75, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 September 1982.
- Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, Application No. 13427/87, Council of Europe: European Court of Human Rights, 09 December 1994.
- The former King of Greece and Others v. Greece, Application no. 25701/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 November 2000
- Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden, Application no. 10873/84, Council of Europe: European Court of Human Rights, 07 July 1989.
- Van Marle and Others v. The Netherlands, Appl. Nos. 8543/79; 8674/79; 8675/79 ; 8685/79, Council of Europe: European Court of Human Rights, 26 June 1986.
- Varnava and Others v. Turkey, Appl. nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, Council of Europe: European Court of Human Rights, 18 September 2009.
- Winterwerp v. the Netherlands, Application no. 6301/73, Council of Europe: 24 October 1979.

- X v. the Federal Republic of Germany, Application no. 8410/78, Council of Europe: European Commission of Human Rights, 13 December 1979.
- Yarrow P.L.C. et al v. United Kingdom, Appl. nos. 9266/81, 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9313/81, 9405/81, Council of Europe: Commission, 28 January 1983.

### **c. Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem**

- Cantos vs. Argentina, Judgment of November 28, 2002 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs).
- Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez v. Ecuador, Judgment of November 21, 2007 (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs).
- Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Judgment of August 31, 2001.
- Coard et al. v. United States, Report No. 109/99 Case 10.951 September 29, 1999, Annual Report, 1999
- IACmHR, Petitions and cases declared inadmissible, REPORT N° 38/99, PETITION, VICTOR SALDAÑO, ARGENTINA, March 11, 1999
- Ivcher-Bronstein v. Peru, Judgment of February 6, 2001 (Merits, Reparations and Costs).
- Case of the “Five Pensioners” v. Peru, Judgment of February 28, 2003 (Merits, Reparations and Costs).
- Moiwana Community v. Suriname, Judgment of June 15, 2005 (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs).
- Salvador Chiriboga v. Ecuador Judgment of May 6, 2008 (Preliminary Objection and Merits).
- Garibaldi v. Brazil, Judgment of September 23, 2009 (Preliminary objections, Merits, Reparations, and Costs).
- Radilla-Pacheco v. Mexico, Judgment of November 23, 2009, (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs).
- Fairén-Garbi and Solís-Corrales v. Honduras, Judgment of March 15, 1989 (Merits).
- Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay Judgment of March 29, 2006 (Merits, Reparations and Costs).

- Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of June 17, 2005 (Merits, Reparations and Costs).

#### **d. Tribunal Internacional de Justiça**

- International Court of Justice, Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J., Reports 1970,

#### **e. União Africana**

- Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 276/2003, African Commission on Human and Peoples' Rights, 4 February 2010.
- Communication 142/94, Njoka v Kenya (2000) AHRLR 132 (ACHPR 1995).
- Communication 155/96, Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights v Nigeria, Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Another v Nigeria (2001) AHRLR 60 (ACHPR 2001).
- Communication 225/98, Huri-Laws v Nigeria, Huri-Laws v Nigeria (2000) AHRLR 273 (ACHPR 2000)
- Communication 227/99, Democratic Republic of the Congo v Burundi, Rwanda and Uganda (2004) AHRLR 19 (ACHPR 2003).
- Communication 233/99, Interights (on behalf of Pan African Movement and Citizens for Peace in Eritrea) v Ethiopia.
- Communication 234/99, Interights (on behalf of Pan African Movement and Inter Africa Group) v Eritrea, Interights (on behalf of Pan African Movement and Others) v Eritrea and Ethiopia (2003) AHRLR 74 (ACHPR 2003).
- Communication 249/2002, African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v Republic of Guinea, African Institute for Human Rights and Development (on behalf of Sierra Leonean refugees in Guinea) v Guinea (2004) AHRLR 57 (ACHPR 2004).
- Communication 251/2002, Lawyers for Human Rights v. Swaziland, (2005), African Commission on Human and Peoples' Rights.

- Communication 253/2002, Antoine Bissangou v Republic of Congo Bissangou v Republic of Congo (2006) AHRLR 80 (ACHPR 2006), November 2006, 21st Activity Report.
- Communication 266/03, Kevin Mgwanga Gunme and others v Camerron, (2009), AHRLR 9, May 27, 2009.
- Communication 272/03, Association of Victims of Post Electoral Violence and Another v. Cameroon, (AfCmHPR, November 11, 2009).
- Communication 284/2003, Zimbabwe Lawyers for Human Rights & Associated Newspapers of Zimbabwe v Republic of Zimbabwe, (2009) AHRLR 235 (ACHPR 2009).
- Communication 286 /2004, Dino Noca vs Democratic Republic of the Congo, ACHPR, October 22, 2012.
- Communication 286 /2004, Dino Noca vs Democratic Republic of the Congo, 22 oct. 2004.
- Communication 373/06 (formerly 242/01), Interights and Association mauritanienne des droits de l'homme v Mauritania, (2010) AHRLR 90 (ACHPR 2010).
- Communication 39/90, Annette Pagnouille (on behalf of Abdoulaye Mazou) v. Cameroon, 10th Activity Report: 1996 – 1997.
- Communication 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 - 196/97 and 210/98, Malawi African Association and Others v. Mauritania, (2000), ACHPR.
- Communication 97/93, John K Modise v Botswana, Modise v Botswana (2000) AHRLR 30 (ACHPR 2000), Oct/Nov 2000, 14th Annual Activity Report.
- Communications 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v Nigeria, Media Rights Agenda and Others v Nigeria (2000) AHRLR 200 (ACHPR 1998).
- Communications 54/91, 61/91, 98/93, 164-196/97 and 210/98, Malawi African Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union Interafricaine des Droits de l'Homme and RADDHO, Collectif des Veuves et Ayants-droit and Association Mauritanienne des Droits de l'Homme v

Mauritania, Malawi African Association and Others v Mauritania (2000) AHRLR 149 (ACHPR 2000).

## **E) JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS**

### **a. Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos**

- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision on Jurisdiction, 9<sup>th</sup> march 1998.
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, (ICSID Case No. ARB/00/4), Settlement agreed by the parties, 4<sup>th</sup> February 2004.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision on Jurisdiction, 23<sup>rd</sup> may 2004.
- Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/03/11), Settlement agreed by the parties, 16<sup>th</sup> december 2005.
- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, (ICSID Case No. ARB/03/29), Award rendered on August 27, 2009.
- CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/01/8), Award, 25<sup>th</sup> September 2007.

### **b. Tribunal Arbitral Irão-EUA**

- Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran, Iran–United States Claims Tribunal, Award No. 310-56-3, 14<sup>th</sup> July 1987

## **F) CONVENÇÕES E TRATADOS INTERNACIONAIS**

- Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945 – Estatutos do Tribunal de Nuremberga.
- Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
- Carta da Organização dos Estados Americanos
- Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial
- Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias
- Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais
- Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 1965
- Convenção Relativa aos Estatutos dos Refugiados de 1951
- Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres
- Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954
- Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
- Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África
- Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre o Estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos
- Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007, Jornal Oficial da União Europeia C 306 de 17 de dezembro de 2007

#### **G) FONTES DE DIREITO DERIVADO DA UNIÃO EUROPEIA**

- Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, Jornal Oficial da União Europeia L 309/15, 25 de novembro 2005
- Directiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de maio de 1994, relativo aos sistemas de garantias de depósitos, Jornal Oficial da União Europeia L 135/5, de 31 de maio de 1994

- Directiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito, Jornal Oficial da União Europeia L 125, de 5 de maio de 2001
- Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício, Jornal Oficial da União Europeia L 177, de 30 de junho de 2006
- Directiva 2009/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2009, que altera a Directiva 94/19/CE que altera a Directiva 94/19/CE relativa aos sistemas de garantia de depósitos, no que respeita ao nível de cobertura e ao prazo de reembolso, Jornal Oficial da União Europeia L 68, de 13 de março de 2009
- Regulamento 1093/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Bancária Europeia), altera a Decisão 716/2009/CE e revoga a Decisão 2009/78/CE da Comissão, Jornal Oficial da União Europeia L 331/12, de 15 de dezembro de 2010.
- Regulamento 1092/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativo à supervisão macroprudencial do sistema financeiro na União Europeia e que cria o Comité Europeu do Risco Sistémico, Jornal Oficial da União Europeia L 331/1, de 15 de dezembro de 2010.
- Regulamento 1096/2010 do Conselho, de 17 de novembro de 2010, que confere ao Banco Central Europeu atribuições específicas no que se refere ao funcionamento do Comité Europeu do Risco Sistémico, Jornal Oficial da União Europeia L 331/162, de 15 de dezembro de 2010.
- Regulamento 1095/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados), altera a Decisão 716/2009/CE e revoga a Decisão 2009/77/CE da Comissão, Jornal Oficial da União Europeia L 331/84, de 15 de dezembro de 2010.
- Regulamento 1094/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que cria uma Autoridade Europeia de Supervisão (Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma),

altera a Decisão 716/2009/CE e revoga a Decisão 2009/79/CE da Comissão, Jornal Oficial da União Europeia L 331/48, de 15 de dezembro de 2010.

- Regulamento 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito, Jornal Oficial da União Europeia L 287/63, 29 de outubro de 2013.
- Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento, que altera a Diretiva 2002/87/CE e revoga as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, Jornal Oficial da União Europeia L 176, de 27 de junho de 2013
- European Banking Authority, Guidelines on common procedures and methodologies for the supervisory review and evaluation process (SREP), EBA/GL/2014/13, 19 December 2014
- Regulamento n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do MUS), BCE/2014/17, Jornal Oficial da União Europeia L 141/1, de 14 de maio de 2014
- Decision of the European Central Bank of 31 January 2014, on the close cooperation with the national competent authorities of participating Member States whose currency is not the euro, ECB/2014/5
- Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Diretiva 82/891/CEE do Conselho, e as Diretivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, Jornal Oficial da União Europeia, L 173/190, de 12 de junho de 2014.



- Regulamento (UE) n.º 806/2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de julho de 2014, que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um Mecanismo Único de Resolução e de um Fundo Único de Resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, Jornal Oficial da União Europeia L 225/1, de 30 de julho de 2014.
- Acordo relativo à transferência e mutualização das contribuições para o Fundo Único de Resolução, do Conselho da União Europeia, de 14 de maio de 2014, 8457/14, Bruxelas
- Regulamento (UE) n.º 575/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012, Jornal Oficial da União Europeia L176, 27 de junho de 2013
- Diretiva 2014/49/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativa aos sistemas de garantia de depósitos, Jornal Oficial da União Europeia L 173/149, de 12 de junho de 2014
- Diretiva 94/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 1994, relativa aos sistemas de garantia de depósitos, Jornal Oficial da União Europeia L 135, de 31 de maio de 1994
- Comissão Europeia, Decisão de 28 de dezembro de 2012, relativa aos auxílios estatais SA.33760 (12/N-2, 11/C, 11/N); SA.33763 (12/N-2, 11/C, 11/N); SA.33764 (12 N-2, 11/C, 11/N); SA.30521 (MC 2/10); SA.26653 (C9/09); SA.34925 (12 N-2, 12/C, 12/N); SA. 34927 (12 N-2, 12/C, 12/N); SA. 34928 (12 N-2, 12/C, 12/N) concedidos pelo Reino da Bélgica, pela República Francesa e pelo Grão-Ducado do Luxemburgo a favor de Dexia, DBB/Belfius e DMA, Jornal Oficial da União Europeia L 110/1, de 12 de abril de 2014
- Diretiva 2007/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativa ao exercício de certos direitos dos acionistas de sociedades cotadas, Jornal Oficial da União Europeia L 184, de 14 de julho de 2007
- Diretiva 2006/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de setembro de 2006, que altera a Diretiva 77/91/CEE do Conselho, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às

modificações do seu capital social, Jornal Oficial da União Europeia L 264, de 25 de setembro de 2006

- Diretiva 2007/63/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, que altera as Diretivas 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho no que respeita à exigência de um relatório de peritos independentes aquando da fusão ou da cisão de sociedades anónimas, Jornal Oficial da União Europeia L 300 de 17 de novembro de 2007
- Diretiva 2009/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, que altera as Diretivas 77/91/CEE, 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho e a Diretiva 2005/56/CE no que respeita aos requisitos em matéria de relatórios e documentação em caso de fusões ou de cisões, Jornal Oficial da União Europeia L 259, de 2 de outubro de 2009
- Diretiva 2010/73/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que altera a Diretiva 2003/71/CE, relativa ao prospeto a publicar em caso de oferta pública de valores mobiliários ou da sua admissão à negociação, e a Diretiva 2004/109/CE, relativa à harmonização dos requisitos de transparência no que se refere às informações respeitantes aos emitentes cujos valores mobiliários estão admitidos à negociação num mercado regulamentado, Jornal Oficial da União Europeia L 327, de 11 dezembro de 2010
- Diretiva 2010/76/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, que altera as Diretivas 2006/48/CE e 2006/49/CE no que diz respeito aos requisitos de fundos próprios para a carteira de negociação e para retitularizações, bem como à análise das políticas de remuneração pelas autoridades de supervisão, Jornal Oficial da União Europeia L 329 de 14 de dezembro de 2010.

## **H) ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS**

### **a. Conselho da Europa**

- Resolution (72) 35, on relations between the council of europe and international non-governmental organisations rules for consultative status

(Adopted by the Committee of Ministers on 16 October 1972 at the 214th meeting of the Ministers' Deputies)

- Resolution (99) 50, on the Council of Europe commissioner for human rights (adopted by the Committee of Ministers on 7 May 1999 at its 104th Session)
- Statutory Resolution (94) 3 of the Committee of Ministers relating to the setting up of the Congress of Local and Regional Authorities of Europe (14 January 1994)

#### **b. Organização das Nações Unidas**

- Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights, 1<sup>st</sup> July of 1995, UN. Doc. A/2929
- Resolução 217A (III) de 10 de dezembro de 1948, da Assembleia Geral da ONU

#### **c. União Europeia**

- Anotações Relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, Jornal Oficial da União Europeia, C 303/17 – 14 de dezembro de 2007
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 364, 18 de dezembro de 2000
- Communication from the Commission, Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, SEC(2001) 380/3, Brussels, 13 March 2001.
- Communication from the Commission on the legal nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, COM(2000) 644 final, Brussels, 11 October 2000
- Communication from the Commission, Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals. Methodology for systematic and rigorous monitoring, COM(2005) 172 final, Brussels, 27 April 2005.
- European Banking Authority, Final draft Regulatory Technical Standards on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU, (EBA/RTS/2015/05), 03 July 2015.

- European Banking Authority, Final draft Regulatory Technical Standards on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU, (EBA/RTS/2015/05), 03 July 2015.
- European Banking Authority, Guidelines on methods for calculating contributions to Deposit Guarantee Schemes, EBA/GL/2015/10, 28 May 2015.
- European Central Bank, (2014), Asset Quality review – Phase 2 Manual, Frankfurt am Main, Germany
- European Central Bank, (2014), Comprehensive Assessment Stress Test Manual, Frankfurt am Main, Germany
- European Central Bank, (2014), Guide to Banking Supervision, Frankfurt am Main, Germany.
- European Central Bank, (2014), The list of significant supervised entities and the list of less significant institutions, Frankfurt am Main, Germany.
- European Central Bank, (2016), Bank Supervision: List of supervised entities
- European Central Bank, Note on the 2015 Comprehensive Assessment, 2015.
- Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras e um procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e de certas empresas de investimento no quadro de um mecanismo único de resolução e de um fundo único de resolução bancária e que altera o Regulamento (UE) n.º 1093/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, COM/2013/0520 final - 2013/0253 (COD)
- Relatório do Grupo de Peritos de Alto Nível encarregado da Supervisão Financeira da União Europeia, 25 de fevereiro de 2009, Bruxelas.
- Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Jornal Oficial da União Europeia, C 202, 7 de junho de 2016.

## **I) BANCOS CENTRAIS**

### **a. Banco de Portugal**

- Banco de Portugal, (2014), Reunião Extraordinária do Conselho de Administração do Banco de Portugal, de 3 de agosto de 2014

- Banco de Portugal, (2015), Comunicado do Banco de Portugal sobre a venda do Banif - Banco Internacional do Funchal, S.A., 20 de dezembro de 2015
- Banco de Portugal, (2015), Reunião do Conselho de Administração do Banco de Portugal, 29 de dezembro de 2015
- Banco de Portugal, (2015), Reunião do Conselho de Administração do Banco de Portugal – Clarificação e retransmissão de responsabilidades e contingências definidas como passivos excluídos nas subalíneas (v) e (vii) da alínea (b) do n.º 1 do Anexo 2 à Deliberação do Banco de Portugal de 3 de agosto de 2014 (20 horas), na redação que lhe foi dada pela Deliberação do Banco de Portugal de 11 de agosto de 2014 (17 horas), 29 de dezembro de 2015.
- Fundo de Resolução, Deliberação Unânime por Escrito da Comissão Diretiva do Fundo de Resolução, de 6 de janeiro de 2016

#### **b. Banca d'Italia**

- Banca d'Italia, Cessione dell'azienda bancaria all'ente ponte, 22 novembre 2015.
- Banca d'Italia, Costituzione della Società veicolo "REV – Gestione Crediti S.p.A.", Approvazione dell'atto costitutivo, dello statuto, della nomina e delle remunerazioni degli organi di amministrazione e controllo, 15 dicembre 2015.
- Banca d'Italia, Provvedimento di svalutazione di azioni e subordinati, 22 novembre 2015.
- Banca d'Italia, Soluzione della crisi di quattro banche in amministrazione straordinaria, 22 novembre 2015.

#### **c. Central Bank of Cyprus**

- Central Bank of Cyprus, (2013), Clarifications for the better understanding of the resolution measures implemented under the Resolution of Credit and Other Institutions Law, 2013 at the Bank of Cyprus and Laiki Bank, 30 March 2013

- Official Gazette of the Republic of Cyprus, (2013), Regulatory Administrative Acts Issue No 4645/ Friday, 29 March 2013.

#### **d. Magyar Nemzeti Bank**

- Magyar Nemzeti Bank, Summary of Decision No. H-SZN-I-75/2016, of the Magyar Nemzeti Bank to terminate the resolution process of MKB Bank Zrt., 30 June 2016, Budapest.

### **J) ARTIGOS DE JORNAL**

- Cristina Ferreira, (12 de abril de 2015), As falhas do Banco de Portugal nas quedas do BPN, BPP e BES, Jornal Público.
- Luís Reis Ribeiro, (22 de dezembro de 2015), Portugueses já deram 13 mil milhões para salvar bancos, Diário de Notícias.
- Diogo Ferreira Nunes, (2016), Banco de Portugal: obrigações do Novo Banco sem decisão definitiva, in Dinheiro Vivo, Lisboa, 28 de abril de 2016.
- TSF, (21 de julho de 2014), «Portugueses podem confiar no Banco Espírito Santo», garante Cavaco, Lisboa.

### **K) SÍTIOS DA INTERNET**

- Alto comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACDH), em [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)
- Conselho da Europa (CoE), em [www.coe.int](http://www.coe.int)
- Documentos oficiais das Nações Unidas, em <http://documentos.un.org>
- Gabinete de Documentação e Direito Comparado, em [www.gddc.pt](http://www.gddc.pt)
- Nações Unidas (ONU), em [www.un.org](http://www.un.org)
- Organização de Estados Americanos (OEA), em [www.oas.org](http://www.oas.org)
- Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), em [www.osce.org](http://www.osce.org)
- Portal da União Europeia, em <http://europa.eu>
- União Africana (UA), em [www.au.int](http://www.au.int)
- United Nations Treaty Collection, em <http://treaties.un.org/Home.aspx>